

DISSERTATION

**Beurteilung von vorherrschender
Meinungsmacht privater
Fernsehunternehmen nach dem
Rundfunkstaatsvertrag**

Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

Gun Gericke

Gutachter: 1. Prof. Dr. Ulrich Battis
2. Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

eingereicht: 20. Februar 2001
Datum der Promotion: 14. Juni 2001

keywords

pluralism, viewers quota system, cross-ownership, Media Authorities

abstract

A multifarious broadcasting supply is an essential requirement/ prerequisite for a free shaping of public opinion in a democracy. Predominance on the opinion market endangers or hinders this opinion-forming.

Therefore it has to be avoided by looking first of the mechanism dominance can be developed.

It occurs by acting of only a few provider on this market or the impeding of the access of new companies to the relevant market. Further on by merging of the big players or the concentration of several programs in the hands of one supplier dominance can arise.

The instrument that states rules of media ownership to guarantee pluralism and diversity in the opinion market is the German Interstate Treaty of Broadcasting (Rundfunkstaatsvertrag). Hereafter a dominant position of a company is assumed by holding more than 30% of the recipients. Holding this high figure in one hand is not unconstitutional. Nevertheless this high market share must not erase competition on the opinion market? To identify an abuse of dominant positions you have to look at the behavior of the respective company, whether it is building up control over the adjacent markets and impeding of competing companies to enter the respective markets. This can only be done by looking at possible cross-ownership of the involved companies through a multi-tasking measuring system.

A new procedure was introduced that is comparable to the general competition-rules. It consists of supervision, intervention and sanctions to bring the companies to stick to the rules.

The thoroughly and strict enforcement of anticoncentration serves to shelter and enforce the free shaping of public opinion and meets –a few exceptions aside- all requirements given by the Federal Constitutional Court.

Schlagwörter

Meinungsvielfalt, Zuschauermarktanteilsmodell, Cross-ownership, Rundfunkaufsicht

Zusammenfassung

Vorherrschende Meinungsmacht ist das in wenigen Händen liegende Potential, auf die Meinungsbildung einzuwirken. Sie behindert die Gewährleistung eines vielfältigen Rundfunkangebotes, das im Interesse der freien Meinungsbildung steht. Sie kann entstehen, wenn von Anfang an nur wenige Anbieter auf dem Markt sind oder bei anfänglicher Vielfalt kleinere Anbieter ausscheiden, die restlichen zusammenschmelzen oder ein Veranstalter mehrere Programme ausstrahlt. Doch auch die Einflußnahme eines Unternehmens auf verschiedenen Märkten oder die Bildung eines Informationsmonopols können zu vorherrschender Meinungsmacht führen. Daher stellt der Rundfunkstaatsvertrag Antikonzentrationsregelungen auf. Deren Ziel ist es, freie Meinungsbildung durch eine Vielfalt von Programmangeboten zu gewährleisten. Vermutet wird eine Gefährdung der Vielfalt im Fernsehen, wenn ein Veranstalter mehr als 30 % der Zuschaueranteile auf sich vereinigt. Diese Regelung gestattet eine recht hohe Konzentration von Rundfunkveranstaltern, die gleichwohl nicht verfassungswidrig ist. Zu verhindern ist aber, daß starke Unternehmen die vor- und nachgelagerten Märkte und die anderer Medien derart kontrollieren, daß Neueinsteigern der Zugang dazu verwehrt oder unverhältnismäßig erschwert wird. Das auf Zuschauermarktanteilen basierende Modell muß so ergänzt werden, daß die Cross-ownership umfassend berücksichtigt wird. Dies kann nur mit einer methodenpluralistischen Vorgehensweise bei der Messung des Einflusses erreicht werden.

Mit dem Zuschauermarktanteilsmodell wurde ein neues Verfahrensrecht eingeführt. Vergleichbar dem Recht der Wirtschaftsaufsicht wurde ein System aus Überwachungsmitteln, Eingriffsmitteln und Sanktionen geschaffen, das die Unternehmen stärker zur Mitwirkung verpflichtet. Die Aufklärung konzentrationsrechtlicher Sachverhalte dient dem Schutz der freien Meinungsbildung und kann daher mit einigen Ausnahmen als Umsetzung der Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an den Grundrechtsschutz durch Verfahren aus dem Rundfunkgebührenurteil verstanden werden.

Inhalt

§ 1	Einführung in den Untersuchungsgegenstand	7
§ 2	Berechtigung einer Kontrolle des Rundfunks	13
I.	Europarechtlicher Einfluß	13
II.	Art. 5 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt	17
III.	Kommunikation durch Massenmedien	18
1.	Schutz der Freiheit der Massenmedien durch das Kartellrecht	20
2.	Unterschiede von Rundfunk und Presse und deren Folgen für die Kontrolle	22
3.	Einfluß der Werbefinanzierung auf die Meinungsbildung	25
IV.	Rundfunkrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes	28
1.	1. Fernsehurteil: BVerfGE 12, 205	28
2.	FRAG-Urteil: BVerfGE 57, 295	29
3.	Niedersachsen-Urteil: BVerfGE 73, 118	31
4.	Baden-Württemberg-Beschluß: BVerfGE 74, 297	33
5.	WDR-Urteil: BVerfGE 83, 238	34
6.	Gebührenurteil: BVerfGE 90, 60	35
7.	Extra-Radio-Beschluß: BVerfGE 97, 298	35
8.	Entscheidungen zum Deutschen Sportfernsehen und zur Kurzberichterstattung	36
V.	Konsequenzen für den Charakter und die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit	38
§ 3	Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Rundfunkstaatsvertrag	43
I.	Übersicht der verschiedenen Ordnungsmodelle	43
1.	Die Anbietergemeinschaft	43
2.	„one man/one show“ - Modell	46
3.	Mediennutzungsmodell	46
4.	Werbemarktanteilsmodell	47
5.	Binnenplurales Modell	47
II.	Das Außenpluralistische Modell des Rundfunkstaatsvertrages	48
1.	Regelung des § 26 RStV	49
2.	Zurechnung von Programmen	50
III.	Marktabgrenzung	52
1.	Zulässigkeit	52
2.	Sachliches Kriterium	53
a)	Keine Unterscheidung nach Übertragungs-, Programm- und Finanzierungsart ..	54
b)	Einbeziehung öffentlich-rechtlichen Rundfunks	55
c)	Einbeziehung entgeltfinanzierten Rundfunks	58
3.	Zeitliches und räumliches Kriterium	59
4.	„Medienrelevante verwandte Märkte“	60
a)	Auslegung des Begriffes	60

(1)	Amtliche Begründung.....	60
(2)	Einflußerweiterung durch Cross-ownership.....	62
(3)	Digitales Fernsehen	65
b)	Bestimmtheit und Meßbarkeit	67
5.	„Geringfügige Unterschreitung“	69
a)	Wortsinn	69
b)	Systematischer Zusammenhang	70
c)	Entstehungsgeschichte.....	70
d)	Sinn und Zweck der Regelung.....	71
e)	Ergebnis der Auslegung.....	73
6.	„Gesamtbeurteilung“	73
IV.	Zwischenergebnis	75
§ 4	Verfahrensrechtliche Fragen der Konzentrationskontrolle im Rundfunk	78
I.	Grundrechtsschutz durch Verfahren.....	78
II.	Charakter der Aufsicht über private Rundfunkveranstalter.....	79
III.	Organisation der Aufsicht.....	82
IV.	Verfahrensfragen	84
1.	Meßproblematik.....	85
a)	Rechtsstellung des Meßunternehmers nach außen	85
(1)	Öffentlich-rechtlicher Beauftragter	86
(2)	Beliehener	87
(3)	Organisations- bzw. Aufgabenprivatisierung.....	88
(4)	Funktionale Privatisierung.....	89
b)	Rechtsverhältnis zwischen Meßunternehmer und Kontrollbehörde.....	90
(1)	Vertragstyp	90
(2)	Inhaltliche Ausgestaltung	92
2.	Überwachungsmittel	100
a)	Auskunfts- und sonstige Informationsrechte.....	100
b)	Mitteilungspflichten	103
c)	Publizitätspflicht.....	103
d)	Informelle Mittel.....	108
3.	Eingriffsmittel.....	109
a)	präventive Aufsichtsmaßnahmen	109
b)	repressive Aufsichtsmaßnahmen	113
(1)	Zulassungsentzug.....	113
(2)	Vielfaltssichernde Maßnahmen	114
(3)	Schlußfolgerung für die Regelung vielfaltssichernder Maßnahmen	127
4.	Sanktionen	127
a)	Verwaltungsverfahrenrechtliche Sanktionen	128

b) Ordnungswidrigkeitstatbestände	130
V. Zwischenergebnis	131
§ 5 Änderungsvorschläge	132
I. Möglichkeiten zur Änderung der inhaltlichen Ausgestaltung der Vielfaltskontrolle im Fernsehen.....	134
1. Deregulierung	134
2. Kombination von qualitativen und quantitativen Aspekten	136
3. Senkung der Zuschauermarktanteilsgrenze	139
4. Beibehaltung der Anteilsgrenze unter Ausübung verstärkter Kontrolle	141
a) Cross-ownership	142
(1) Beteiligungsbeschränkungen	142
(2) Digitales Fernsehen	145
(3) Auffanglösung	146
b) Kompensationsmöglichkeiten	148
(1) Zulässigkeit.....	149
(2) Abgrenzung zum offenen Kanal	151
(3) Aufsicht	152
II. Zuständigkeitsregelungen.....	154
1. Neuordnung des Zuständigkeitsbereichs der KEK.....	154
a) Einschränkung des Aufgabenbereichs der KEK	154
b) Status als Sachverständigengremium	156
c) Verbesserung der Mitwirkungsrechte der KEK	157
2. Schaffung neuer Organe	159
a) Gemeinsamer Kommunikationsrat von Bund und Ländern	159
b) Gemeinsame Medienanstalt der Länder	161
III. Ergebnis	162
§ 6 Schlußbemerkung	163
Literaturverzeichnis	168

§ 1 Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Nachdem 1948/49 die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegründet worden waren, wurde in den 70er Jahren die Forderung nach der Zulassung privaten Rundfunks laut¹. Der öffentlich-rechtliche Charakter habe dem Fernsehen ein besonderes Maß an Glaubwürdigkeit und damit besondere Macht verliehen. Die Programme wurden für ideologisch einseitig ausgerichtet gehalten². Diese einseitige redaktionelle Beeinflussung sollte durch die Zulassung privaten Rundfunks gebremst werden. Denn es bestand die Vorstellung, daß durch ein Nebeneinander von öffentlich-rechtlichen und privaten Veranstaltern publizistischer Wettbewerb eröffnet würde und die Bürger aus einer größeren Vielfalt auswählen könnten. Auch war damit die Hoffnung verbunden, die privaten Anbieter besser kontrollieren zu können, wenn sie im Land gehalten würden.

Die Diskussion mündete schließlich in dem Abschluß des Rundfunkstaatsvertrages der Länder von 1987. Dieser war die Grundlage für die Etablierung eines dualen Rundfunksystems in der Bundesrepublik, worunter ein Nebeneinander öffentlich-rechtlicher und privater Anbieter von Rundfunk zu verstehen ist. Dem privaten Rundfunk fällt seitdem die Aufgabe zu, zur Informationsvielfalt und zum kulturellen Angebot durch Konkurrenzprogramme zum öffentlich-rechtlichen Bereich beizutragen³. Voraussetzung für die Zulassung privaten Rundfunks war, daß er wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung und der Meinungsvielfalt verpflichtet ist⁴.

Die vorliegende Untersuchung widmet sich der Frage, wie vorherrschende Meinungsmacht im privaten Rundfunk beurteilt wird. Die Grundlage dieser Bewertung bildet das zentrale medienrechtliche Steuerungselement für das bundesweite private Fernsehen, der Fünfte

¹Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, A Rn. 76

²Hesse, Rundfunkrecht, S. 25

³Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Präambel, S. 7

⁴BVerfGE 57, 295 (324)

Rundfunkänderungsstaatsvertrag⁵, der am 1. Januar 2001 in Kraft getreten ist.

Der Rundfunkstaatsvertrag enthält Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt. Ziel der gesetzgeberischen Bemühungen ist es, vorherrschende Meinungsmacht abzuwehren. Vorherrschende Meinungsmacht ist das in wenigen Händen liegende Potential, auf die Meinungsbildung einzuwirken. Sie behindert die Gewährleistung eines vielfältigen Rundfunkangebotes, das im Interesse der freien Meinungsbildung steht. Sie kann auf verschiedene Art und Weise ausgeübt werden. So kann vorherrschende Meinungsmacht entstehen, wenn von Anfang an nur wenige Anbieter auf dem Markt sind oder bei anfänglicher Vielfalt kleinere Anbieter ausscheiden oder die restlichen auf wenige große zusammenschmelzen und wenn ein und derselbe Veranstalter mehrere Programme anbietet⁶. Doch auch die Kombination der Einflüsse eines Unternehmens in verschiedenen Medien⁷ und die Bildung eines Informationsmonopols⁸ können zur Annahme vorherrschender Meinungsmacht führen. All diese Faktoren versuchen die Vorschriften des materiellen Konzentrationsrechts im Rundfunkstaatsvertrag zu berücksichtigen. Diese basieren auf dem sog. Zuschauermarktanteilsmodell, das Antikonzentrationsregelungen für den privaten Rundfunk aufstellt.

Die zentrale Norm dieses Regelwerks ist § 26 RStV. Darin wird die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht für ein Unternehmen aufgestellt, das im Jahresmittel mehr als 30 Prozent der Zuschaueranteile auf sich vereint. Gleiches gilt, wenn der Anteil von 30 Prozent geringfügig unterschritten ist und das Unternehmen marktbeherrschend auf einem medienrelevanten verwandten Markt agiert oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten auf diesen Märkten die Annahme vorherrschender Meinungsmacht nahelegt.

Derzeit erreicht keines der in Deutschland agierenden Rundfunkunternehmen diese Schwelle und dies steht auch nicht zu befürchten. Es stehen sich mit der KirchGruppe und Bertelsmann/CLT zwei von einander getrennte private Anbietergruppen gegenüber. Bei

⁵ Abgedruckt in Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag. Im folgenden wird der Fünfte Rundfunkänderungsstaatsvertrag als Rundfunkstaatsvertrag bezeichnet.

⁶ BVerfGE 73, 118 (172)

⁷ BVerfGE 95, 163 (173)

⁸ BVerfGE 97, 228 (256)

einer Einbeziehung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der mit etwa 40% der Anteile zu Buche schlägt, gestattet die Regelung des § 26 RStV die Aufteilung des restlichen privaten Marktes auf zwei etwa gleich starke Veranstalter. Hier wird daher die Frage zu beantworten sein, ob dieses faktische Duopol überhaupt verfassungsmäßig ist⁹ oder ob nicht auch dadurch bereits vorherrschende Meinungsmacht begründet wird, die gerade zu verhindern ist. Denn auch mehreren Gruppierungen darf der Rundfunk nicht ausgeliefert sein, wie das Bundesverfassungsgericht feststellt¹⁰ und was genauer darzustellen sein wird.

Die Anwendung der auf dem Zuschauermarktanteilsmodell basierenden Vorschrift des § 26 RStV wirft in der Praxis eine Vielzahl von schwierigen Auslegungsfragen auf¹¹, die in der Untersuchung Berücksichtigung finden werden. Ausgangspunkt für den Gang der Analyse ist der von Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Kommunikationsprozeß, in dem der Rundfunk als Vermittler eine bedeutende Rolle spielt. Zwar hat der Rundfunk ohne Zweifel eine wirtschaftlichen Komponente, die ihn zum Regulierungsobjekt des allgemeinen Wettbewerbsrechts macht. Auf Zusammenschlußvorhaben im Medienbereich sind die wettbewerblichen Fusionskontrollvorschriften anwendbar. Die Entscheidungen der EG-Kommission¹² und des Bundeskartellamtes¹³ in Sachen Bertelsmann/Kirch/Premiere beweisen beispielhaft, daß das Wettbewerbsrecht zwar die Sicherung des wirtschaftlichen Wettbewerbs bezweckt, es dadurch aber zugleich einen Beitrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt leistet. Es stellt sich gleichwohl die Frage, ob das allgemeine Kartellrecht in der Lage ist, der Konzentration im Rundfunkbereich auch vorzubeugen. Bei der Beantwortung dieser Frage ist auch ein Vergleich zum Medium Presse zu

⁹ vgl. Renck-Laufke, ZUM 2000, 105 (109)

¹⁰ BverfGE 57, 295 (322)

¹¹ siehe die Problemaufrisse bei Bohl, Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien; Lehr, ZUM 1995, 667ff.; Neft, ZUM 1998, 458ff.; Renck-Laufke, ZUM 2000, 105ff.; Stock, JZ 1997, 583ff. Der Beschluß der KEK betreffend die Premiere Medien GmbH & Co. KG (Az.: KEK 026) befaßt sich mit einer Reihe von grundsätzlichen Auslegungsproblemen.

¹² WuW 1999/E EU-V 222

¹³ WuW 1999/E DE-V 53

ziehen, das selbst Regulierungsobjekt der Fusionskontrolle ist¹⁴. Das Verfassungsrecht liefert die Gründe dafür, weshalb es zur Konzentrationskontrolle im Rundfunk spezieller, über das Wettbewerbsrecht hinausreichender Sicherungsvorkehrungen bedarf. Ausschlaggebend dafür sind der besondere Charakter des Rundfunks als Medium und die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Zur Klärung der sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Fragen wird die Rundfunkrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herangezogen. Die Rundfunkurteile des Gerichts formulieren auch die Anforderungen, die an den Schutz der Freiheitlichkeit der Kommunikation vom Grundgesetz gestellt werden.

Im Mittelpunkt der Arbeit stehen die Regelungen des materiellen Konzentrationsrechts als Umsetzung dieser Anforderungen durch den Gesetzgeber. Dabei wird zu untersuchen sein, ob die Perspektive zur Bestimmung vorherrschender Meinungsmacht auf die Zuschaueranteile verengt werden darf. Bei einer Limitierung des Einflusses der Rundfunkveranstalter auf bestimmte quantifizierte Nutzungsanteile besteht die Gefahr, daß der verfassungsrechtlich bestimmte Richtwert – die Gewährleistung von Meinungsvielfalt – verfehlt wird¹⁵. Sollte ein solches Vorgehen zulässig sein, stellt sich im Anschluß daran die Frage, wie die Messung der Zuschaueranteile vorzunehmen ist. Der Rundfunkstaatsvertrag bestimmt dazu, daß die Ermittlung der Anteile aufgrund repräsentativer Erhebungen nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Methoden zu erfolgen hat. Der Gesetzgeber dachte daran, die der Werbepreisermittlung zugrunde liegende Fernsehzuschauerforschung zu nutzen. Fraglich ist hierbei, ob die Ziele der Werbeforschung nicht denen der Vielfaltssicherung zuwiderlaufen und ob die Zahlen in einem Rechtssicherheit bietenden Verfahren ermittelt werden können und exakt genug sind, um als Basis für Verwaltungsentscheidungen dienen zu können¹⁶.

¹⁴ Siehe die speziellen Pressefusionskontrollvorschriften in §§ 35 Abs. 1 S. 1, § 38 Abs. 3 GWB. Durch die Regelung gilt für Fusionen im Rundfunkbereich nunmehr auch die für Pressefusionen geltende niedrigere Umsatzschwelle.

¹⁵ Stock, JZ 1997, 583 (591)

¹⁶ Lehr, ZUM 1995, 667 (671); Neft, ZUM 1998, 458 (462); Zur Problematik veranstaltete die KEK ein Symposium, dessen Diskussionsbeiträge in dem DLM-Band

Selbst wenn die Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht auf der Basis von Zuschauerquoten zulässig sein sollte, so ist in einem nächsten Schritt zu fragen, ob allein damit eine effektive Vielfaltssicherung möglich ist. Die Veranstalter wandeln sich zu auf unterschiedlichen Märkten agierenden Unternehmen und stärken dadurch Marktmacht und möglicherweise auch Meinungseinfluß. § 26 RStV hält dazu eine Regelung bereit, die vorherrschende Meinungsmacht eines Unternehmens auch dann vermutet, wenn die Schwelle von 30 % geringfügig unterschritten ist, der Veranstalter aber auf medienrelevanten verwandten Märkten eine marktbeherrschende Stellung hat. Hier eröffnen sich gleich zwei Problemfelder. Zum einen ist fraglich, wann der Zuschaueranteil von 30 % als geringfügig unterschritten gilt. Zum anderen müssen die medienrelevanten verwandten Märkte näher bestimmt werden. Das Gesetz legt sich nicht fest, so daß die Auslegung den Kontrollbehörden überlassen ist. Hier wird auch ihr hauptsächliches Tätigkeitsfeld liegen, da mit einer Überschreitung der 30-%-Grenze durch kein Unternehmen zu rechnen ist. Wegen der unbestimmten Rechtsbegriffe ist die Regelung hier am instabilsten und der Widerstand groß¹⁷.

Bei alledem legt der Rundfunkstaatsvertrag den Zuschaueranteil jedoch als zur Beurteilung von Meinungsmacht maßgebliche Größe fest. Es wird aber zu untersuchen sein, ob nicht vielmehr alle Aktivitäten der Unternehmen auf den verschiedenen medienrelevanten Märkten gleichberechtigt mit dem Zuschaueranteil in die Bewertung mit einfließen sollten. Daher stellt sich die Frage, ob der derzeitige Ansatz zur Beurteilung der Aktivitäten auf den verwandten Medienmärkten geeignet ist, der bereits eingetretenen Entwicklung der Veranstalter hin zu konglomeraten Medienunternehmen gerecht zu werden, da die Regelung diese Aktivitäten nur in geringem Umfang und belastet durch Unwägbarkeiten bei der Auslegung in Ansatz bringt.

Die Analyse des Verfahrensrechts bildet einen weiteren Schwerpunkt. In Zusammenhang mit der Rundfunkfreiheit hat das

13: Zuschaueranteile als Maßstab vorherrschender Meinungsmacht, Berlin 1999 zusammengefaßt sind

¹⁷ Stock, JZ 1997, 583 (592); Neft, ZUM 1998, 458 (462ff.); Renck-Laufke, ZUM 2000, 105 (111f.); Die Problemfelder werden grundlegend beleuchtet im Beschluß der KEK zum Zusammenschluß der CLT mit der UFA KG (Az.: KEK 008-012).

Bundesverfassungsgericht die Bedeutung von Verfahrensregelungen zu ihrem Schutz betont¹⁸. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, wurde mit dem Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag ein neues Verfahrensrecht eingeführt. So wurde mit der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) ein zentrales Organ der Landesmedienanstalten zur Beurteilung von Vielfaltsfragen geschaffen. Auch die Ermittlungsbefugnisse der Zulassungs- und Aufsichtsbehörden wurden erweitert. Die Organisation der Aufsicht und die Ausgestaltung des Verfahrens zur Durchsetzung der materiellen Vorschriften werden darauf untersucht, inwieweit sie das Grundrecht auf freie Meinungsbildung zu schützen vermögen.

Aufgrund der bevorstehenden Veränderungen des Mediums Fernsehen durch die Digitalisierung und der damit verbundenen Vervielfältigung der Angebote hat sich eine Diskussion entzündet, die eine Reform der Medienordnung für notwendig erachtet¹⁹. Daher wird die Arbeit Änderungsvorschläge unterbreiten, die sich sowohl auf das materielle Konzentrationsrecht als auch auf die formelle Verteilung der Zuständigkeiten beziehen. Dabei wird auf die geführte Diskussion eingegangen und es werden eigene Ansätze zur Effektivierung der Konzentrationskontrolle im Rundfunk vorgestellt.

¹⁸ BverfGE 90, 60 (96)

¹⁹ Diskussionspapier der Landesmedienanstalten zur Reform der Medienordnung, in: epd medien Nr. 94 v. 25. Nov. 2000

§ 2 Berechtigung einer Kontrolle des Rundfunks

Zunächst stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Berechtigung einer Kontrolle von Meinungskonzentration im Fernsehen. Weist die Berichterstattung durch den Rundfunk in erster Linie einen Bezug zum Demokratieprinzip auf, so kann die Rechtfertigung für die Regulierungsmaßnahmen aus dieser Beziehung abgeleitet werden. Oder handelt es sich hierbei um ein Wirtschaftsgut, das durch das Wettbewerbsrecht hinreichend kontrolliert werden kann und einer speziellen rundfunkrechtlichen Regulierung nicht bedarf? Eine Beantwortung dieser Frage kann nicht ohne Blick auf das Europarecht erfolgen, denn der Regelungsbereich des Rundfunks ist europarechtlich überlagert.

I. Europarechtlicher Einfluß

Der Rundfunk hat ohne Zweifel eine kulturelle Funktion²⁰. Dem trägt auch Art. 151 Abs. 2 EGV Rechnung und ordnet den audiovisuellen Bereich der Kulturpolitik zu. Art. 151 Abs. 5 EGV begrenzt jedoch die Gemeinschaftskompetenzen auf Fördermaßnahmen. Eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ist danach ausdrücklich ausgeschlossen. Dadurch wird die Gemeinschaft zur Achtung des Föderalismus mit den bestehenden Länderkompetenzen im Rundfunkbereich verpflichtet. Die technische Entwicklung, die zu einer Reichweitenvergrößerung des Rundfunks und Vervielfältigung der Übertragungswege geführt hat, mindert jedoch die Effektivität nationaler Steuerungsmöglichkeiten und verstärkt die Hinwendung zur Europäischen Gemeinschaft.

Die Europäischen Gemeinschaften sind eine Organisation mit primär wirtschaftlicher Zielsetzung, denn das Schwergewicht des EG-Vertrages liegt eindeutig auf dem wirtschaftlichen Sektor²¹. Diesbezüglich hat sich die Gemeinschaft die Errichtung eines gemeinsamen Marktes zum Ziel gesetzt. Dies gilt auch für den Rundfunk, wobei die Wettbewerbsfähigkeit der elektronischen Industrie im weltweiten

²⁰ Herrmann, Rundfunkrecht, S. 151

²¹ BVerfGE 89, 155 (190)

Maßstab im Vordergrund steht²². Bei der privaten Veranstaltung von Rundfunk tritt in zunehmendem Maße der wirtschaftliche Aspekt in den Vordergrund, da sich die Rundfunkunternehmen immer mehr zu Dienstleistungsunternehmen entwickeln²³. Daher wird im europäischen Rahmen bei Rechtsetzung und Rechtsprechung auf den wirtschaftlichen Charakter von Rundfunkveranstaltungen verwiesen²⁴. Die wirtschaftsrechtlichen Aspekte des Rundfunks führen zu Gemeinschaftskompetenzen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts und der Dienstleistungsfreiheit. Daher müssen Einschränkungen der Rundfunkfreiheit sowohl mit den Wettbewerbsregeln als auch mit der durch den EG-Vertrag normierten Dienstleistungsfreiheit vereinbar sein²⁵.

Zu den Maßnahmen, die der Binnenmarktharmonisierung dienen, gehören die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften zur Fusionskontrolle und gegen Unternehmenskonzentration. Zusammenschlüsse, die zu einer strukturellen Änderung in den europäischen Medienmärkten führen können, werden von der Fusionskontrollverordnung (FKVO) erfaßt. Mit dieser der Europäischen Kommission zugewiesenen Kontrolltätigkeit würde die gesetzgeberische Tätigkeit der Länder im Rundfunkbereich auf nationaler Ebene kollidieren. Die FKVO erkennt daher ausdrücklich die Medienvielfalt als berechtigtes Interesse an, zu deren Schutz es den Mitgliedstaaten gestattet ist, geeignete Maßnahmen zu ergreifen²⁶. Dies ist der Vermeidung von Kompetenzproblemen geschuldet, da auf nationaler Ebene die Bundesländer für den Bereich der Kultur und damit des Rundfunks zuständig sind. Die Wettbewerbskontrolle auf Gemeinschaftsebene steht somit einer gesonderten Regulierung von Vielfaltsaspekten des Rundfunks auf nationaler Ebene nicht entgegen. Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV gehört zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrages und begründet für die Gemeinschaft weitgehende Kompetenzen zur Regelung des Rundfunks. Der EuGH²⁷ hat bereits im Jahr 1974 festgestellt, daß Fernsehsendungen als

²² Hesse, Rundfunkrecht, S. 309

²³ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, B Rn. 222

²⁴ Ebd. Rn. 206

²⁵ Degenhart, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn.660

²⁶ Frey, ZUM 1998, 985 (987)

²⁷ Die Auslegung des EG-Vertrages ist gemäß Art. 220 EGV für die Mitgliedstaaten letztverbindlich dem EuGH zugewiesen.

Dienstleistungen einzustufen sind²⁸ und führt diese Einschätzung in gefestigter Vertragsauslegung fort²⁹. Danach ist es einem Rundfunkveranstalter gestattet, seine Rundfunkprogramme frei und ohne staatliche Beschränkungen zu verbreiten. Unter einer Dienstleistung ist jede grenzüberschreitende entgeltliche Leistung zu verstehen. Entgeltlichen Charakter hat der Rundfunk nach Auffassung des EuGH, wenn der Zuschauer unmittelbar für einen Kabelanschluß oder Abonnementfernsehen zahlt, aber auch bei Zahlung durch Dritte, wie der Werbewirtschaft³⁰. Diese Rechtsprechung wurde wegen der ausschließlichen Charakterisierung des Rundfunks als Wirtschaftsgut stark kritisiert³¹, da dadurch die kulturelle Komponente des Rundfunks unberücksichtigt bliebe. Dies führe zur Mißachtung kultureller Besonderheiten der Regionen in Europa und zur Harmonisierung der nationalen Ordnungen im Bereich der Kultur, obwohl der EG-Vertrag keine Befugnis für derlei Maßnahmen enthielte³². Inzwischen zeichnet sich ein vorsichtiger Wandel dieser Rechtsprechung ab, indem der EuGH auch Grenzen der Gemeinschaftskompetenzen festlegt³³. Er stellt fest, daß dem nationalen Gesetzgeber Regelungsmöglichkeiten in Bezug auf sein Rundfunksystem verbleiben. Die Dienstleistungsfreiheit enthält einen immanenten Vorbehalt zwingender Gründe des Allgemeininteresses. In diesem Rahmen sind Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit möglich, wenn sie verhältnismäßig sind. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1991³⁴ erkannte der EuGH die Erhaltung der Meinungsvielfalt als zwingenden Grund des Allgemeininteresse für den nationalen Gesetzgeber an, die Dienstleistungsfreiheit im Rundfunkwesen zu beschränken.

Der EuGH stellt bei dieser jüngeren Rundfunkrechtsprechung Verbindungen zu Art. 10 EMRK her, der nach dem Wortlaut des Art. F Abs. 2 Unionsvertrages von Maastricht einen allgemeinen Grundsatz des

²⁸ Im Fall *Sacchi*, EuGH Slg. 1974, S. 411, 428, Rn. 6

²⁹ So auch das Bundesverfassungsgericht, in: ZUM 1995, 405 (416)

³⁰ Astheimer/Moosmayer, ZUM 1994, 395 (399)

³¹ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Hesse, Rundfunkrecht, S. 312, Fn. 52

³² Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, B 4 Rn. 6

³³ Ebd. Rn. 12

³⁴ In der Entscheidung *Stichting Collectieve ./. Commissariaat voor de Media* vom 25.7.1991, in: EuGRZ 1992, 64, Vgl. Gersdorf, AöR 119 (1994), 400 (412)

Gemeinschaftsrechts darstellt³⁵. Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK garantiert die Rundfunkveranstalterfreiheit mit der Folge der Verbürgung eines Anspruchs auf Rundfunkveranstaltung³⁶. Art. 10 Abs. 2 EMRK normiert aber einen Schrankenvorbehalt für die Rundfunkveranstalterfreiheit, der dem nationalen Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zur Regelung der Rundfunkordnung zubilligt, wenn die Regelungen notwendig zum Schutze der Rechte anderer in der demokratischen Gesellschaft sind³⁷. Nach Art. 10 Abs. 1 S. 3 EMRK können die Staaten Genehmigungsverfahren für Rundfunkunternehmen vorsehen. Das Genehmigungsverfahren muß den materiellen Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK genügen³⁸. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann die Erteilung einer Zulassung von Bedingungen abhängig gemacht werden, die zur Erhaltung von Meinungsvielfalt erforderlich sind³⁹, denn diese ist notwendig in einer demokratischen Gesellschaft.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zur Fernsehrichtlinie⁴⁰ verdeutlicht, wo es die Grenzen der Gemeinschaftskompetenzen sieht. Diese würden dort enden, wo der Kernbereich der Landeskompetenzen zur Regelung der kulturellen und organisatorischen Aspekte des Rundfunkwesens beginne. Das Gericht sieht die Vorschriften zur Werbung, zum Sponsoring und dem Jugendschutz als nicht von diesem Kernbereich umfaßt⁴¹. Dagegen sei die Regelungsmaterie „Kultur“ nicht dem Regelungsbereich der Länder entzogen und den Ermächtigungen der Art. 59ff. EGV (neu Art. 49ff.)

³⁵ Der Europäische Rat hat die Ausarbeitung einer EU-Grundrechtscharta beschlossen, die im Dezember 2000 im Sinn einer politischen Deklaration verkündet wurde. Der Grundrechtskonvent hat seinen Entwurf bisher an Art. 10 EMRK angelehnt und als Konzeption der Medienfreiheit übernommen, vgl. Stock, epd medien Nr. 42 vom 27. Mai 2000

³⁶ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 I, II, Rn. 18; Astheimer/Moosmayer, ZUM 1994, 395 (403); Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, H Rn. 58

³⁷ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art 5 I, II, Rn. 14

³⁸ Engel, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 59; Astheimer/Moosmayer, ZUM 1994, 395 (403)

³⁹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 24. 11. 1993 - Informationsverein Lentia ./ Österreich, in: EuGRZ 1994, 549 (550)

⁴⁰ BVerfG, ZUM 1995, 405

⁴¹ Ebd. S. 416

zugewiesen. Auch zukünftig und längerfristig sei einer Entwicklung entgegenzuwirken, bei der stufenweise eine Inanspruchnahme der Gemeinschaftskompetenzen ausgedehnt wird und dadurch die Sachkompetenzen der Mitgliedstaaten und damit verbunden der Länder beeinträchtigt werden⁴². Die Begrenzungen der Gemeinschaftszuständigkeiten dürften nicht über Kompetenzen kraft Sachzusammenhang mit wirtschaftlichen Sachverhalten aufgehoben werden.

Der Rundfunkbereich wird zwar wegen seines Charakters als Wirtschaftsfaktor durch das Europarecht überlagert, doch läßt es den Mitgliedstaaten den erforderlichen Spielraum, um die Meinungsvielfalt als Voraussetzung einer demokratischen Gesellschaft zu erhalten. Daher muß die Frage der Zulässigkeit regulierender Maßnahmen unter dem Blickwinkel des deutschen Rechts im Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Rundfunkrecht beurteilt werden.

Den Ausgangspunkt zur Erörterung der Zulässigkeit einer über das Wettbewerbsrecht hinausgehenden Kontrolle des Rundfunks bildet das Verständnis von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Basis einer solchen Untersuchung ist das Verständnis des Kommunikationsvorgangs. Ausgehend von der Gewährleistung im Grundrechtsteil der Verfassung soll die Kommunikation insbesondere in der Vermittlung durch das Fernsehen näher erörtert werden.

II. Art. 5 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt

Die Garantien aus Art. 5 GG gehören zu den die Verfassung tragenden Grundprinzipien. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verbürgt das Recht eines jeden, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten und sich ungehindert zu informieren. Die Meinungsverbreitungs- und Meinungsäußerungsfreiheit sind Grundlage jeder Freiheit überhaupt und bilden ein objektives Prinzip der Gesamtrechtsordnung⁴³. Unmittelbares Gegenstück der Meinungsäußerungsfreiheit in Art. 5 Abs.1 S. 1 GG ist die Freiheit des Einzelnen, sich ungehindert zu informieren. Zusammen stellen diese Rechte den Kerngehalt des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG dar: die

⁴² Ebd. S. 415

⁴³ BVerfGE 7, 198 (204ff.)

Meinungsbildungsfreiheit des Einzelnen. Unerläßliche Voraussetzung für die freie Meinungsbildung ist die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Gemeint ist Freiheit sowohl von staatlicher als auch von anderweitiger geistiger Einflußnahme⁴⁴. Das Ziel besteht darin, die für den freiheitlich-demokratischen Staat schlechthin konstituierende Meinungsvielfalt⁴⁵ zu gewährleisten. Dieser Vielfaltsaspekt hat einen engen Bezug zum demokratischen und sozialen Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG. Die Gewährleistung von Vielfalt ist Voraussetzung für die politische Willensbildung. Erst Meinungs- und Informationsfreiheit versetzen den Einzelnen in die Lage, sich die notwendigen Voraussetzungen zur Mitwirkung am demokratischen Prozeß zu verschaffen⁴⁶. Sie schaffen kommunikative Chancengleichheit⁴⁷. Beide Komponenten sind von wesentlicher Bedeutung für die soziale Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft. Art. 5 Abs. 1 GG ist ein Kommunikationsrecht, das die Kontaktaufnahme des einzelnen mit anderen Menschen schützt⁴⁸.

Der hohe Rang freier Meinungsbildung zeigt sich auch daran, daß sie eine Ausprägung der Menschenwürde als Leitnorm des Grundrechtsteils und der damit verbundenen freien Persönlichkeitsentfaltung darstellt. Art. 5 GG stellt die Konkretisierung der in Art. 1 und Art. 2 niedergelegten Freiheitsidee dar und hat daher eine eigenständige Bedeutung für die Entfaltung der individuellen Persönlichkeit⁴⁹. Kommunikation setzt also eine Persönlichkeit voraus, die sich selbst entfalten und autonom handeln kann⁵⁰. Die Stellung des Einzelnen in Kommunikationsprozessen ist daher verfassungsrechtlich zu schützen.

III. Kommunikation durch Massenmedien

Einigkeit dürfte darin bestehen, daß die ursprüngliche und primäre Funktion der Grundrechte darin besteht, staatliche Eingriffe

⁴⁴ BVerfGE 12, 205 (262)

⁴⁵ BVerfGE 57, 295 (323)

⁴⁶ Wendt, in: von Münch/Kunig, Art. 5, Rn. 1

⁴⁷ Bullinger, JZ 1987, 257 (260)

⁴⁸ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. I, II Rn. 58

⁴⁹ Ebd. Rn. 7ff.

⁵⁰ Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 107f.

abzuwehren⁵¹. Fraglich ist dagegen, ob sie neben diesem subjektiv-rechtlichen auch einen objektiv-rechtlichen Gehalt haben. Wie zuvor dargestellt, hat die Rundfunkfreiheit einen Bezug zum Demokratiegebot und zum Sozialstaatsprinzip. Denn das Massenmedium Rundfunk ermöglicht die Interaktion in der Gesellschaft, die Voraussetzung für die Ausübung der politischen Aufgabe der Bürger ist, demokratisch verantwortlich handeln zu können.

Die funktional gegliederte und durch wechselseitige Abhängigkeiten geprägte Gesellschaft erfordert eine effektive Kommunikation, d. h. Verständigung und Austausch zwischen den verschiedenen gesellschaftlichen Teilsystemen von Politik, Ökonomie, Sozialsystem und Kultur. Durch die Einbindung in diesen gesellschaftlichen Systemzusammenhang wird aus der Individualkommunikation Massenkommunikation. Diese erlaubt einer Vielzahl von räumlich getrennten Individuen, eine Aussage zu empfangen, ohne daß sich jeder Einzelne auf die Erwartungshorizonte aller anderen Partner einzustellen braucht. Als Besonderheit tritt hervor, daß die Aussagen der Kommunikatoren an die Rezipienten vermittelt werden müssen. Durch den Vermittlungsvorgang entziehen sich in den häufigsten Fällen die präsentierten Inhalte der Überprüfung durch den Rezipienten⁵². Die Empfänger können nur das wahrnehmen, was ihnen von dem Medium präsentiert wird. Mangels Widerspruchs wird ihnen scheinbare Objektivität vermittelt. Vermittlung von Objektivität zwischen einer Vielzahl von Kommunikatoren und Rezipienten kann jedoch nicht geleistet werden, wenn sich das Massenmedium in einer Abhängigkeit von einzelnen von ihnen befindet⁵³. Voraussetzung einer freien unbeeinflussten Meinungsbildung ist daher ein autonomes Medium. Aktuelle Mitteilungen und Informationen über Ereignisse sollen in einer für den Empfänger möglichst unverfälschten Weise weitergegeben werden. Die Funktion, der gesellschaftliche Sinn des Freiheitsrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG besteht in der Vermittlung aktueller Ereignisse, der Ermöglichung gesellschaftlicher Kommunikation.

⁵¹ Kunig, in: von Münch/ Kunig, Vorb. Art. 1-19, Rn. 16; Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1531)

⁵² Schulz, in: Massenkommunikation, S. 143ff.

⁵³ Jarass, Die Freiheit der Massenmedien, S. 190

1. Schutz der Freiheit der Massenmedien durch das Kartellrecht

Wie eingangs festgestellt, handelt es sich bei der Veranstaltung von Rundfunk um einen Sachverhalt mit starkem wirtschaftlichem Bezug. Um Konzentrationserscheinungen entgegenzuwirken würde es sich daher anbieten, auf das allgemeine Kartellrecht zurückzugreifen. Es bestehen diesbezüglich durchaus vergleichbare Situationen zwischen dem Wirtschaftsmarkt und dem Meinungsmarkt. Wettbewerb zwischen Unternehmen soll aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive dem Konsumenten Auswahlmöglichkeiten zu günstigen Preisen bieten und für Innovation sorgen. Auf den Meinungsmarkt angewendet heißt dies, daß ökonomischer Wettbewerb für publizistische Vielfalt und eine den Bedürfnissen der Rezipienten angepaßte dynamische Entwicklung im Medienmarkt sorgen soll. Die Meinungsbildung soll von unabhängigen, im Wettbewerb agierenden Unternehmen ausgehen. In Konsequenz dessen wird daher Konzentration sowohl wirtschaftlicher Macht als auch im Medienbereich als diesem Wettbewerbsziel abträglich angesehen, weshalb sie zu verhindern, zumindest aber einzugrenzen ist⁵⁴. Das ist der Grund dafür, daß rundfunkrechtliche und kartellrechtliche Fusionskontrolle in Verfahren und Wirkungsweise einander angenähert sind. So orientiert sich das Rundfunkkontrollrecht an wettbewerbsrechtlichen Tatbeständen; es greift – z. B. bei der Zurechnung von Beteiligung – auf Tatbestände zurück, die wirtschaftsrechtlicher Natur sind. Wenn eine beabsichtigte Veränderung von Beteiligungsverhältnissen ein wettbewerbsrechtliches Verfahren notwendig macht, kann dieses durchaus Tatbestandswirkung für das medienrechtliche Verfahren entfalten, denn u. U. erübrigt sich sodann die medienrechtliche Prüfung oder es ändert sich deren Sachverhaltsbasis⁵⁵. Dennoch sind beide Kontrollsysteme nicht deckungsgleich, was seinen Grund möglicherweise darin hat, daß die nach Art. 5 GG zu schützende Meinungsvielfalt auf der Grundlage des Kartellrechts nicht ausreichend gewahrt werden kann.

Zunächst ist nach der kompetenzrechtlichen Berechtigung für eine spezielle rundfunkrechtliche Konzentrationskontrolle zu fragen, da es das allgemeine Kartellrecht bereits gibt und dieses in der Rechtsquellenhierarchie vielleicht vorrangig sein könnte. Dazu ist der

⁵⁴ Europäisches Medieninstitut, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 142

⁵⁵ Lerche, in: Festschrift für Dieter Henrich, S. 403 (407)

rechtliche Status des Rundfunkstaatsvertrages zu klären, dessen Bestandteil das Rundfunkkonzessionskontrollrecht ist. Der Rundfunkstaatsvertrag ist das einzige länderübergreifende Gesetz, das für alle Bereiche des Rundfunks grundsätzliche Regelungen schafft. Vertragliche Vereinbarungen zwischen den Bundesländern sind zulässig, soweit die Länder für die Materie zuständig sind⁵⁶. Nach § 70 Abs. 1 GG trifft das auf die Regelung des Rundfunkwesens zu, weshalb der Rundfunkstaatsvertrag für die Bewahrung der Länderkompetenzen und die Abwendung einer in einzelnen Bereichen drohenden Bundeskompetenz steht. Aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens leitet das Bundesverfassungsgericht⁵⁷ sogar eine Verpflichtung der Länder zur Kooperation im Rundfunkwesen ab. Denn die Veranstalter überregionaler Programme könnten sich nicht nach einem ganzen Bündel unterschiedlicher landesrechtlicher Regelungen richten. Dem folgend stehen die Konzentrationskontrollvorschriften des Rundfunkstaatsvertrages gleichrangig neben den allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften, die aufgrund einer bundesrechtlichen Kompetenz erlassen wurden.

Daher läßt sich die Existenz einer speziellen Rundfunkkonzessionskontrolle einerseits kompetenzrechtlich begründen. Da das Wettbewerbsrecht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fällt, wäre die Rundfunkkontrolle Sache des Bundeskartellamtes und den Ländern wäre ihre Zuständigkeit genommen.

Doch auch in materieller Hinsicht wäre die ausschließliche Anwendung des Kartellrechts problematisch für die Vielfaltskontrolle auf dem Medienmarkt. Denn die Tatbestände des Kartellrechts greifen erst bei Marktbeherrschung ein. Um den geschäftlichen Erfolg eines Unternehmens nicht zu bestrafen, wird das innere Wachstum nicht erfaßt, bzw. werden Entflechtungsmaßnahmen nur für den Fall angeordnet, daß ein Zusammenschluß vorliegt. Dies entspricht den Zielen des Wettbewerbsrechts, das die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sichern will. Doch eine effektive Sicherung der Meinungsvielfalt ist damit nicht zu gewährleisten, denn dort muß die Kontrolle schon vor Marktbeherrschung ansetzen, da einmal eingetretene Fehlentwicklungen auf dem Meinungsmarkt möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht

⁵⁶ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 IV Rn. 99

⁵⁷ BverfGE 73, 118 (297)

werden können⁵⁸. Die Medien haben einen großen Einfluß auf den Ausgang von Wahlen und Abstimmungen, denn die Mehrheit der Wähler verzichtet auf die sehr komplizierte Auseinandersetzung mit den Programmen der Parteien und überläßt dies Presse und Rundfunk. Bei Zusammenfallen verschiedener Meinungsbildungsquellen in einer Hand können die Wähler einseitig beeinflusst werden. In der dadurch möglichen politischen Einseitigkeit liegt die potentielle Gefahr von Konzentrationserscheinungen im Medienbereich, wofür Italien als Beispiel dienen mag, als die Regierung Berlusconi im Jahr 1994 den einzigen großen Konkurrenzsender (RAI) zu demontieren begann⁵⁹.

Des weiteren spricht für eine spezielle Rundfunkkontrolle, daß das Kartellrecht die medienübergreifende Konzentration keiner Kontrolle unterwirft, weil die so gebündelten Medien auf jeweils unterschiedlichen Märkten agieren⁶⁰. Doch gerade die medienübergreifende Konzentration bedarf besonderer Aufmerksamkeit, da sich daraus besonderes Potential zur Einwirkung auf die Meinungsbildung ergibt⁶¹.

Das Rundfunkrecht greift letztlich in der Beurteilung von Konzentrationserscheinungen weiter aus als das Kartellrecht. Es beläßt es nicht bei der Feststellung von Marktbeherrschung, sondern sieht eine im Kartellrecht nicht vorgesehene Gesamtbeurteilung vor, die auch bei Nichterreichen der Eingriffsschwelle zu Entflechtungsmaßnahmen oder vergleichbaren Maßnahmen führen kann.

2. Unterschiede von Rundfunk und Presse und deren Folgen für die Kontrolle

Die o.g. auf den Kommunikationsprozeß bezogenen Charakterisierungen treffen auf die Massenmedien Presse und Rundfunk gleichermaßen zu. Der Rundfunk unterliegt dagegen anders als die Presse einer eigenen medienrechtlichen Kontrolle. Für die Presse gilt lediglich eine spezielle Pressefusionskontrolle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,

⁵⁸ BverfGE 57, 295 (323)

⁵⁹ Engel, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 233

⁶⁰ Kübler, ZRP 2000, 131 (133); Parlasca, WuW 1994, 210 (219)

⁶¹ Siehe dazu eingehender § 3 III 4 a.

deren Regelungen seit der 6. GWB-Novelle auf den Rundfunkbereich übertragen wurden⁶².

Das Erfordernis einer strengeren Kontrolle des Fernsehens ist zunächst mit dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes zu begründen. Während die Freiheit der Presse nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet wird, gilt dies nur für die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk. Freiheit der Berichterstattung meint Tendenzfreiheit im Unterschied zu freier Tendenzbetätigung in der Presse⁶³. Der Tendenzschutz für die Presse⁶⁴ bedeutet, daß Presseunternehmen sich im gesellschaftlichen Raum frei von staatlichen Beschränkungen bilden können⁶⁵. Der Ausgleich zwischen unterschiedlichen inhaltlichen Positionen stellt sich automatisch her⁶⁶. Tendenzfreiheit im Rundfunk bedeutet hingegen keine Pflicht zur Neutralität, sondern meint das Gebot zu ausgewogener Behandlung relevanter Themenschwerpunkte⁶⁷. Der Zusatz „Berichterstattung“ meint nicht die Beschränkung auf bestimmte Tätigkeiten wie etwa der politischen Berichterstattung, sondern verdeutlicht, daß es um ein wichtiges Element im Bereich von Rundfunk und Rundfunkveranstaltung geht, nämlich um die Freiheit publizistischer Betätigung⁶⁸. Das heißt, daß das Medium Fernsehen nicht einseitig beeinflußt werden darf. Dieses Erkenntnis wird auch durch die historische Auslegung belegt. Grundanliegen des Parlamentarischen Rats bei den Beratungen über den Entwurf des Grundgesetzes war die Information der Allgemeinheit⁶⁹. Die publizistische Freiheit von Presse, Film und Rundfunk sollte gleichgestellt werden. Unterschieden werden sollte aber in wirtschaftlicher Hinsicht zwischen dem Rundfunk als „öffentlicher Einrichtung“ und dem privatwirtschaftlich organisierten Medium der Presse⁷⁰. Der Parlamentarische Rat wollte aufgrund der Erfahrungen im Nationalsozialismus staatlichen Einfluß ausschließen, sich bezüglich

⁶² vgl. die Regelung des § 38 Abs. 3 GWB.

⁶³ Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 335

⁶⁴ BVerfGE 52, 283 (296)

⁶⁵ BVerfGE 20, 162 (175)

⁶⁶ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. I,II, Rn. 234

⁶⁷ Degenhart, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 817

⁶⁸ Böckenförde/Wieland, AfP 1982, 77 (78)

⁶⁹ Böckenförde/ Wieland, AfP 1982, 77 (79)

⁷⁰ Ebd.

einer Organisation des Rundfunks aber nicht festlegen, sondern dies dem Gesetzgeber überlassen⁷¹. So gewährt Art. 5 Abs. 1 GG dem Rundfunk wie auch den anderen Massenmedien Staatsfreiheit. Das ergibt sich aus dem Charakter dieser Grundrechte als Abwehrrechten. Der Rundfunkfreiheit kommt jedoch wegen seines Bezuges zu Art. 20 Abs. 1 GG gesteigerte Bedeutung zu. Daher darf der Staat zwar keinen Einfluß auf die Einrichtung Rundfunk ausüben, sollte aber Vorkehrungen dagegen treffen können, daß er auch von keiner anderen gesellschaftlichen Gruppe beherrscht wird.

Das Zeitungs- und Zeitschriftenangebot ist in Deutschland sehr vielfältig und hat in dem langen Zeitraum seit dem Aufkommen der Tageszeitungen⁷² zu einem gewissen Gleichgewicht im Bekennen politischer Richtungen geführt. Der Rundfunk war hingegen aufgrund der technisch bedingten Frequenzknappheit eher einseitiger Beeinflussung ausgesetzt, wie dessen Mißbrauch als Staatsfunk während der Zeit des Dritten Reiches gezeigt hat. Doch auch ohne Berücksichtigung dieser „Sondersituation“⁷³, die durch den Mangel an Frequenzen gekennzeichnet war, gelten für das Fernsehen Besonderheiten. Das Fernsehen übt in ganz erheblich größerem Ausmaß als die Presse Wirkungen auf die Rezipienten aus. Eine im Fernsehen verbreitete Aussage kann in sehr kurzer Zeit einer unübersehbaren Menge von Empfängern vermittelt werden und erreicht dadurch einen unvergleichlichen Multiplikationseffekt⁷⁴, weshalb das Bundesverfassungsgericht auch von einem Medium als „Faktor“ der Meinungsbildung spricht⁷⁵. Das Fernsehen ist aufgrund der Kombination von Ton und Bild das erste natürliche Medium. Bilder, zumal bewegte, üben im Vergleich zu Texten bei gleichem Inhalt eine stärkere Anziehungskraft auf das Publikum aus⁷⁶. Das Fernsehen beeinflusst gefühlsmäßig, es bewertet, indem es Eindrücke vermittelt, die vom

⁷¹ Herrmann, Rundfunkrecht, § 4 Rn. 33

⁷² Im Jahre 1609 erschien mit dem „Aviso“ in Wolfenbüttel das erste Nachrichtenblatt, vgl. Wilke, in: Massenkommunikation, S. 421

⁷³ Diesen Begriff prägte das Bundesverfassungsgericht in E 12, 205 (261)

⁷⁴ Herrmann, Rundfunkrecht, § 2 Rn. 88

⁷⁵ BVerfGE 12, 260

⁷⁶ Noelle-Neumann, in: Massenkommunikation, S. 548

Empfänger besser als Argumente behalten werden⁷⁷. Bei der Massenkommunikation durch das Fernsehen wird das Auge des Betrachters geführt, ohne daß er sich dieser Auswahl bewußt wird. Verglichen mit allen anderen Medien wird dem Fernsehen bei Umfragen die größte Glaubwürdigkeit zugesprochen.⁷⁸ Die großen Variationsmöglichkeiten durch Editionstechniken bei der Berichterstattung durch Kombination von bewegten Bildern und Texten erlauben eine stärkere Manipulation der Empfänger als in anderen Medien⁷⁹. Diese Manipulationsmöglichkeiten gefährden eine freie und unbeeinflusste Meinungsbildung.

3. Einfluß der Werbefinanzierung auf die Meinungsbildung

Ein weiterer Unterschied zwischen Presse und Rundfunk besteht in der sehr viel günstigeren Kostenstruktur von Rundfunkangeboten. Die Kosten für Herstellung und Ausstrahlung des Programms bleiben unabhängig von der erreichten Zuschauerzahl gleich. Bei der Presse kommen die Herstellungskosten für zusätzliche Exemplare hinzu. Da beim Fernsehen für zusätzliche Nutzer keine Verteilkosten hinzukommen, sinken diese verglichen mit der Presse überproportional⁸⁰. Denn der Konsum des Gutes hindert andere Konsumenten nicht an gleichzeitigem Genuß. Der Anreiz, das Programm möglichst weittragend zu verbreiten, wirkt sich bei privater Rundfunkveranstaltung aufgrund der Werbefinanzierung in besonderem Maße aus. Mit steigender Zuschauerzahl steigen auch die Werbeeinnahmen überproportional. Der Platz für eine Werbebotschaft kann je nach Verbreitung des einmal hergestellten und finanzierten Programms mit dem niedrigsten Tausend-Kontaktpreis⁸¹ angeboten werden⁸² und zur Verdrängung von

⁷⁷ Ebd. S. 550

⁷⁸ Ebd. S. 546

⁷⁹ Ebd., S. 551 mit Bezug auf Wahlstudien seit den 40er Jahren, die beweisen, daß das Fernsehen stark genug ist, auf politische Einstellungen bei Wahlen einzuwirken, die sonst als besonders schwer zu beeinflussen gelten; Kepplinger, in: Massenkommunikation, S. 354

⁸⁰ Hoffmann-Riem, AöR 1984, 343 (346)

⁸¹ Preis für eine bestimmte Zeiteinheit für Werbung je 1000 erreichte Zuschauer

⁸² Donsbach/ Mathes, in: Massenkommunikation, S. 515

Konkurrenten führen. Dieser Mechanismus hat sich als ausschlaggebend für die Verbreitung von Massenprogrammen und Förderung der Konzentrationsdynamik erwiesen⁸³. Eine vergleichbare Beobachtung läßt sich auch auf dem Pressesektor machen, wohingegen es dort vergleichsweise gute Ausgleichsmöglichkeiten in Form von Spezial- und Minderheitenzeitungen gibt. Demgegenüber lassen die recht hohen Kosten von Rundfunkproduktion kaum Differenzierungsmöglichkeiten zu⁸⁴. Eine ökonomisch sinnvolle und effektive Nutzung der Medientechnologie und Produktion von hochwertigen Fernsehprogrammen ist lediglich kapitalstarken Großunternehmen möglich. Dabei geht die Tendenz zu weiterer Konzentration, um den hohen finanziellen Aufwand zu bewältigen. Rundfunkprogramme, die speziell auf die Interessen finanziell und sozial schwacher Bevölkerungsgruppen ausgerichtet sind, werden vernachlässigt. Gleiches gilt für Kultur- und Bildungsprogramme. Auch das Hinzutreten von Spartenprogrammen erweitert zwar die thematische Vielfalt, führt aber nicht zugleich zu inhaltlicher Vielfalt im Sinne einer Ausweitung des Spektrums der zu berücksichtigenden Meinungen⁸⁵. Der Konzentrationsprozeß gefährdet dadurch die Funktion des Rundfunks, freie Kommunikation und Meinungsbildung für jedermann zu ermöglichen. Der besonderen Aufgabe, die dem Rundfunk zur Unterstützung von Demokratie- und Sozialstaatsgebot zufällt, kann er so nicht gerecht werden.

Hier offenbart sich der Zusammenhang zum Erfordernis einer unabhängigen Vermittlungsposition des Mediums. Unabhängigkeit des Massenmediums ist Voraussetzung für unbeeinflusste Meinungsbildung. Wo ein Mechanismus von Angebot und Nachfrage wie auf dem Pressesektor für die Herstellung eines „Meinungsmarktes“ sorgt, muß die Eigenständigkeit des Vermittlungsvorgangs nicht unter besonderen Schutz gestellt werden. Wenn das Medium dagegen durch die Werbefinanzierung ökonomischen Zwängen ausgeliefert ist, kann dies zu einseitig beeinflusster Programmgestaltung und mangelnder Objektivität führen. Bei einer Vollfinanzierung durch Werbung findet eine Rückkopplung zwischen Programmanbietern und Zuschauern nicht statt.

⁸³ Brinkmann, in: Freundesgabe für Friedrich Kübler, S. 158

⁸⁴ Hoffmann-Riem, in: Handbuch des Verfassungsrechts, § 7 Rn. 79

⁸⁵ Hoffmann-Riem ebd.; Brinkmann, in: Freundesgabe für Friedrich Kübler, S. 159; Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 64

Hier können die Interessen der Rezipienten die Angebotsstruktur gar nicht unmittelbar beeinflussen. Die Kommunikationsbedürfnisse der Rezipienten sind nur insoweit ausschlaggebend, als sie dem Absatz von Werbeplätzen förderlich sein können. In Konsequenz dessen ist eher eine umgekehrte Entwicklung zu befürchten und bereits zu verzeichnen: Das Angebot formt die (Informations-)Bedürfnisse der Empfänger, produziert sie und sucht sie zugleich zu befriedigen⁸⁶. Indem die Rezipienten dem Medientenor folgen, werden bei ihnen in langfristigen Prozessen Verhaltensänderungen hervorgerufen⁸⁷. Die von Art. 5 Abs. 1 GG in Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 1 GG geforderte unbeeinflusste Meinungsbildung des Einzelnen wird durch die Werbefinanzierung gefährdet.

Zusammenfassend ist zunächst festzustellen, daß der Rundfunk aufgrund seiner Bedeutung für die gesellschaftliche Kommunikation einen Bezug zum Sozialstaatsprinzip und Demokratiegebot hat. Die Besonderheiten des Fernsehens rechtfertigen eine verglichen mit der Presse unterschiedliche rechtliche Behandlung. Die oben beschriebene Einflußnahme auf den Kommunikationsprozeß durch ein Angebot von einseitigen Programmen muß verhindert werden. Diese Situation wird durch die Konzentration auf dem Rundfunkmarkt befördert, weshalb dieser entgegengewirkt werden muß.

Die Inanspruchnahme der Freiheit verschafft gesellschaftliche Macht, die andere Menschen von der Freiheitsausübung ausschließen kann. Daher gibt das Grundrecht freiheitsfördernde und -sichernde Ziele vor, und zwar die Aufrechterhaltung der Freiheit der Meinungsbildung durch Sicherung der Meinungsvielfalt. Dadurch entfaltet das Grundrecht nicht lediglich abwehrrechtliche Wirkung gegen den Staat, sondern fordert den Staat zusätzlich zum Handeln auf⁸⁸. Die Verbindung der freien Meinungsbildung mit dem demokratischen Prinzip verlangt, daß der Staat alles tut, um das Funktionieren der öffentlichen Meinung zu schützen⁸⁹. Der Gesetzgeber kann das Grundrecht durch

⁸⁶ Ebd. S. 329f.

⁸⁷ Noelle-Neumann, in: Massenkommunikation, S. 564

⁸⁸ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 I, II, Rn. 166

⁸⁹ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. I, II Rn. 13f.

Schrankengesetze oder durch Ausgestaltung schützen⁹⁰. Beschränkungen müssen durch einen Schrankenvorbehalt des Grundrechts - hier durch Art. 5 Abs. 2 GG - gerechtfertigt sein, während dies für Ausgestaltungsgesetze nicht gilt⁹¹. Der Wortlaut des Grundgesetzes allein trifft keine Entscheidung für die eine oder andere Art des Grundrechtsschutzes. Die generalklauselartige Weite und Offenheit vieler Verfassungsnormen, so auch des Art. 5 Abs. 1 GG, verlangt nach genauerer Interpretation, die insbesondere dem Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ und der Grundrechte zugewiesen ist⁹².

Deshalb soll im weiteren die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Charakter der Rundfunkfreiheit und zu den Konsequenzen für die Kontrolle des Rundfunks befragt werden.

IV. Rundfunkrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes

Die Rundfunkrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist sehr ausgeprägt, wurde mit dem ersten Urteil im Jahre 1961 begründet und setzt sich bis ins Jahr 1998 (Extra-Radio-Entscheidung) fort. Konkrete Aussagen zu den Anforderungen an die rechtliche Ausgestaltung des privaten Rundfunks sowie zur Konzentrationskontrolle machen nur die im folgenden dargestellten Rundfunkurteile.

1. Fernsehurteil: BVerfGE 12, 205

Der Schwerpunkt dieses Urteils vom Februar 1961 lag auf der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern. Es enthielt aber auch Aussagen zu den Anforderungen an die Rundfunkorganisation. Damit stellt es die erste verfassungsgerichtliche Anerkennung der Zulässigkeit privaten Rundfunks dar.

⁹⁰ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 I, II, Rn. 167; Klein, DVBl. 1994, 489 (496)

⁹¹ Schulze-Fielitz, ebd.

⁹² Kunig, in: von Münch/Kunig, Vorb. Art. 1-19, Rn. 73; Kirchhof, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 59 Rn. 36; Fiedler, JZ 1979, 417, der auf die Grenzen der Interpretation durch das Gericht hinweist und andere Ansichten darstellt.

Das Gericht konstatiert, daß Art. 5 GG zur Sicherung der Rundfunkfreiheit nicht ausschließlich die Veranstaltung von Rundfunksendungen durch Anstalten des öffentlichen Rechts fordere. Auch privatrechtliche Gesellschaften können Träger solcher Veranstaltungen sein, wenn die Freiheit der Berichterstattung gewährleistet ist. Vorausgesetzt sei vor allem, daß alle gesellschaftlichen Gruppen zu Wort kommen können⁹³.

Zur Zulassung privater Rundfunkveranstalter fordert das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Grundlage. Die Veranstaltung von Fernsehen verlange große finanzielle Anstrengungen, die nur wenige auf sich nehmen könnten. Dieser außergewöhnlich große finanzielle Aufwand birgt das Risiko von Konzentrationsbestrebungen in sich⁹⁴. Um dies zu verhindern, müßten besondere Vorkehrungen getroffen werden. Diese Tatsache und die Frequenzknappheit veranlaßten das Gericht zur Annahme einer rundfunkrechtlichen Sondersituation. Daher müßten die Veranstaltungsgesellschaften einer Kontrolle unterliegen, die ähnlich der Staatsaufsicht für Banken und Versicherungen ausgestaltet sein könnte⁹⁵. Insgesamt betrachtet zeichnet diese Entscheidung grundlegende Leitlinien für eine duale Rundfunklandschaft in der Bundesrepublik.

2. FRAG-Urteil: BVerfGE 57, 295

Gegenstand dieses Verfahrens war die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften über die Zulassung privaten Rundfunks im Saarland aus Anlaß der Ablehnung des Konzessionsantrags der „Freien Rundfunk Aktiengesellschaft in Gründung“ (FRAG). Dieses Urteil von 1981 steht in der Tradition des ersten Urteils, indem es an der Auffassung zur Zulässigkeit privaten Rundfunks festhielt. Es weist jedoch in Bezug auf die Grundrechtsinterpretation beträchtliche Neuerungen auf. Ausgangspunkt der Untersuchung des Charakters der Rundfunkfreiheit ist Art. 5 Abs. 1 GG. In dessen Mittelpunkt stehe die individuelle und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit. Sie wird nicht ausdrücklich in S. 1

⁹³BVerfGE 12, 205 (262)

⁹⁴Ebd., S. 261; Diese Entwicklung wird durch die Erkenntnisse der Kommunikationsforschung bestätigt, vgl. oben § 2 III

⁹⁵BVerfGE 12, 205 (262)

genannt, stellt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gleichwohl dessen Kernaussage dar⁹⁶. Art. 5 Abs. 1 GG begründe zunächst subjektive Rechte. So habe jeder das Recht, seine Meinung zu äußern und zu verbreiten und sich zu informieren. Die unterschiedlichen Schutzgüter bedingen einander und bilden jeweils das Gegenstück im Kommunikationsprozeß, der sich als Prozeß der Meinungsbildung darstelle. Dieser ungenannten öffentlichen Aufgabe dienen die genannten Gewährleistungen, insbesondere die Rundfunkfreiheit. Dabei zeige sich, daß die Informationsfreiheit zwar ein selbständiges und gleichwertiges Grundrecht, aber dennoch von der Meinungsäußerungs- und -verbreitungsfreiheit als Tendenzfreiheiten abhängig sei⁹⁷. Als Medium und Informationsmittel spiele der Rundfunk eine überaus wichtige Rolle, weshalb er weder staatlicher Herrschaft noch anderen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert sein dürfe. Zugleich dürfe aber die Meinungsäußerungs- und -verbreitungsfreiheit der Veranstalter nicht beschränkt werden. Eine solche Beschränkung sei nur nach Art. 5 Abs. 2 GG möglich⁹⁸. Es wären daher materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen erforderlich, die dem Recht der Veranstalter Gestalt verliehen. Das Recht zur Veranstaltung von Rundfunk wird von dem Gericht unter den Vorbehalt gesetzlicher Zulassung gestellt. Dies stelle keinen Eingriff dar, sondern müsse als Ausgestaltung des Grundrechts begriffen werden. An die Veranstaltung durch Private stellt das Gericht darüber hinaus hohe Anforderungen gestellt: Die Vielfalt der bestehenden Meinungen solle in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck finden. Die bestehenden Meinungen müßten auch im privaten Rundfunk gleichgewichtig wiedergegeben werden. Daran ändere sich auch nichts, wenn die Anforderungen bereits durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk erfüllt würden. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk dürfe nicht zur Nivellierung von Schwächen des privaten Rundfunks gebraucht werden. Denn eine zusätzliche einseitige Berücksichtigung einzelner Richtungen würde das Gleichgewicht der Meinungen stören⁹⁹. Zur Sicherstellung dieser Vielfalt gewährt das Gericht dem Landesgesetzgeber Modellfreiheit. Er müsse aber Leitgrundsätze verbindlich machen, die ein Mindestmaß von inhaltlicher

⁹⁶ BVerfGE 57, 295 (319)

⁹⁷ Ebd.

⁹⁸ Ebd. S. 321

⁹⁹ Ebd. S. 324

Ausgewogenheit und Sachlichkeit gewährleisten. Entscheide er sich dafür, Vielfalt durch eine Vielzahl von Anbietern anzustreben (außenpluralistisches Modell), so obliege zwar dem einzelnen Veranstalter keine Ausgewogenheit, wohl aber müsse sich im Gesamtprogramm ein breiter Meinungsfächer ergeben¹⁰⁰.

Hat das Gericht gesetzliche Regelungen bisher aufgrund der rundfunkrechtlichen Sondersituation für erforderlich erachtet, so hält es sie nunmehr ausdrücklich auch für den Fortfall derselben für notwendig. Denn es mißtraut dem Funktionieren des Marktes. Seine Eigengesetzlichkeiten ließen an der Entstehung wirklicher Vielfalt zweifeln. Damit gibt es zum Ausdruck, daß es wettbewerbsrechtliche Regelungen für nicht ausreichend hält. Der hohe finanzielle Aufwand reize zur Monopolisierung und - darauf aufbauend - möglicherweise zum Mißbrauch der erlangten Meinungsmacht. Bei einem für die Demokratie so bedeutenden Medium wie dem Rundfunk müsse die Gefahr von Meinungskonzentration ausgeschlossen werden, denn einmal eingetretene Fehlentwicklungen ließen sich möglicherweise nicht mehr rückgängig machen. Es könne daher nicht ausreichen, nur staatliche Eingriffe auszuschließen. Die öffentliche Meinungsbildung im Rundfunk dürfe nicht dem freien Spiel der Kräfte ausgeliefert sein¹⁰¹.

Durch die Übertragung der materiellen Ausführungsaufgabe auf die Länder hat das Bundesverfassungsgericht mit diesem Urteil die Kompetenz zur Konzentrationsverhinderung auf dem Meinungsmarkt zugewiesen.

3. Niedersachsen-Urteil: BVerfGE 73, 118

Dieses Urteil aus dem Jahr 1986 überprüfte die Vereinbarkeit des niedersächsischen Landesrundfunkgesetzes mit dem Grundgesetz.

Das Gericht widmet sich insbesondere dem Verhältnis von privatem zu öffentlichem Rundfunk und faßt es in folgender Formel zusammen: Solange und soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Grundversorgung übernimmt, sind bezüglich der Breite des

¹⁰⁰ Ebd. S. 326

¹⁰¹ Ebd. S. 323

Programmangebots und der Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt nicht so hohe Anforderungen an den privaten Rundfunk zu stellen wie an die öffentlich-rechtlichen Anbieter¹⁰².

Es zieht jedoch eine Grenze, die nicht unterschritten werden darf. Diese markiert der Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt. Er sei eingehalten, wenn es erstens für alle Meinungsrichtungen - auch für Minderheiten - die Möglichkeit gebe, sich zu äußern. Zweitens müsse einseitiger ungleichgewichtiger Einfluß einzelner Veranstalter oder Programme, also vorherrschende Meinungsmacht, ausgeschlossen werden¹⁰³.

Diese Feststellung stellt einen Rückfall hinter die Positionen des FRAG-Urteils dar, wonach ein Ausgleich von Schwächen des privaten Rundfunks durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gerade nicht geschehen soll¹⁰⁴. Nunmehr werden die Anforderungen verringert. Als Begründung führt das Gericht an, daß die privaten Anbieter aufgrund der finanziellen und technischen Schwierigkeiten nicht in der Lage seien, flächendeckende Informationen sicherzustellen. Aufgrund der Abhängigkeit von der werbungtreibenden Wirtschaft könnten die privaten Veranstalter nicht dazu gezwungen werden, den hohen Qualitäts- und Vielfaltsstandard der Grundversorgung einzuhalten. Die Veranstaltung von Rundfunk dürfe nicht von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die die Veranstaltung von Rundfunk erschweren oder gar unmöglich machen.¹⁰⁵ Insofern äußerte sich das Gericht zwar nicht direkt, so aber mittelbar zum Charakter der Rundfunkfreiheit. Es stärkt die Position der privaten Veranstalter, indem es ihnen ein Mehr an Programmfreiheit verleiht, als die Erfüllung des Grundversorgungsauftrags dies gestattete. Ein subjektives Recht auf Rundfunkveranstaltung schlußfolgert das Gericht daraus aber nicht. Auch die Erwartung, daß in diesem Urteil der Charakter der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit näher erörtert würde¹⁰⁶, wurde nicht erfüllt.

Des weiteren sieht das Gericht das Gefahrpotential der intermediären, also medienübergreifenden Verflechtungen, indem es insbesondere

¹⁰² BVerfGE 73, 118 (159)

¹⁰³ Ebd. S. 159f.

¹⁰⁴ BVerfGE 57, 295 (324)

¹⁰⁵ BVerfGE 73, 118 (157)

¹⁰⁶ Vgl. Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 354

Vorkehrungen gegen die Meinungskonzentrationen, die sich aus der Kombination von Presse und Rundfunk ergeben, für erforderlich erachtet¹⁰⁷. Für die Möglichkeit der Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht werden Vorgaben im Sinne des Kartellrechts gemacht und z. B. die Begrenzung von Beteiligungen angeregt. Zusammenschlüsse innerhalb eines Mediums wie der Presse (intramediäre Verflechtungen) würden vom Kartellrecht überwacht. Intermediäre Verflechtungen stellten jedoch unternehmensinternes Wachstum dar, das nicht unter den Zusammenschlußbegriff des Wettbewerbsrechts falle. Denn die Ausweitung eines Unternehmens auf einen anderen Markt stelle keinen Zusammenschluß dar. Das Gericht fordert hier den Landesgesetzgeber auf, rundfunkrechtlich tätig zu werden, da das Wettbewerbsrecht diese Sachverhalte nicht hinreichend berücksichtige.

4. Baden-Württemberg-Beschluß: BVerfGE 74, 297

Das Ergebnis dieser Entscheidung aus dem Jahr 1987 zum Landesmediengesetz Baden-Württemberg war die Feststellung der Gleichrangigkeit von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk¹⁰⁸. Doch bleibe die Grundversorgung vorrangig die Sache des öffentlich-rechtlichen Sektors, dessen verfassungsrechtliche Funktion auf neue Techniken¹⁰⁹ und Spartenprogramme¹¹⁰ erweitert wird. Das Gericht fordert die privaten Veranstalter auf, sich dem Wettbewerb zu stellen. Zwar gibt es zu, daß Marktchancen eine Frage wirtschaftlicher, nicht aber der Meinungsfreiheit sein können. Gleichwohl ist es der Ansicht, daß ein Nebeneinander von verschiedenen Anbietern publizistische Konkurrenz hervorrufe und dies die Meinungsvielfalt fördere¹¹¹. Es scheint, als habe das Gericht sein früher geäußertes Mißtrauen gegenüber dem Wettbewerb als möglichem Instrument zur Sicherung der Vielfalt aufgegeben. Damals hatte es gefordert, den Rundfunk nicht dem "freien

¹⁰⁷ BVerfGE 73, 118 (175)

¹⁰⁸ BVerfGE 74, 297 (333)

¹⁰⁹ Ebd. S. 324

¹¹⁰ Ebd. S. 336ff.

¹¹¹ Ebd. S. 335

Spiel der Kräfte” zu überlassen¹¹². Indem das Bundesverfassungsgericht nun von vielfaltsfallsfördernder Konkurrenz spricht, meint es nicht das wirtschaftliche Konkurrenzverhältnis unter den Rundfunkanbietern, sondern einen Wettbewerb der Meinungen, in dem die Kraft der Argumente ausschlaggebend ist¹¹³. Ein Verzicht auf spezielle rundfunkrechtliche Regelungen ist daraus nicht abzuleiten.

5. WDR-Urteil: BVerfGE 83, 238

Mit diesem Urteil aus dem Jahr 1991 entschied das Bundesverfassungsgericht über die Vereinbarkeit des Nordrhein-Westfälischen Rundfunkgesetzes und des WDR-Gesetzes mit dem Grundgesetz. Es stellt eine Fortsetzung der Rechtsprechung des Gerichts dar, enthält jedoch darüber hinaus eine wichtige Feststellung: Bei der Gestaltung der Rundfunkordnung gehe es um die Freiheitlichkeit des Rundfunks und nicht um Modelle, weshalb dem Gesetzgeber weiterhin freie Wahl der Ordnungsmodelle zustehe¹¹⁴. Dennoch bleibt es bei der Interpretation der Rundfunkfreiheit als der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dienenden Freiheit.

In der Konsequenz der vorangegangenen Entscheidung, die auf eine Stärkung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hindeutete¹¹⁵, stellt das Gericht nunmehr die Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks klar. Indem es die Anforderungen an den privaten Rundfunk senkte, wurde die Aufgabe, die Grundversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk überantwortet. Die Existenz öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist notwendig, solange es Angebotsfelder gibt, die der private Rundfunk nicht besetzt hat. Für den öffentlich-rechtlichen Sektor brachte dieses Urteil die Bestands- und Entwicklungsgarantie. Hintergrund dafür sind nach Ansicht des Gerichts die ”noch immer” bestehenden Defizite der privaten Veranstalter, den klassischen Rundfunkauftrag aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu erfüllen¹¹⁶.

¹¹²BVerfGE 57, S. 323

¹¹³ Kübler, in: Festschrift für Ridder, S. 117

¹¹⁴ BVerfGE 83, 238 (316)

¹¹⁵ BVerfGE 74, 297 (324)

¹¹⁶ BVerfGE 83, 238 (298)

6. Gebührenurteil: BVerfGE 90, 60

Gegenstand dieser Entscheidung aus dem Jahr 1994 war die Garantie funktionsgerechter Finanzierung und das Verfahren der Gebührenfestsetzung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Die Gebührenentscheidung war bisher stark von politischen Motivationen ohne materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Bindungen geprägt. Dieses nahm das Bundesverfassungsgericht zum Anlaß, nochmals zu verdeutlichen, daß der Staat sich aus der Programmleitung fernhalten soll. Bei der Zulassung privater Rundfunkveranstalter dürften sachfremde Erwägungen der staatlichen Genehmigungsbehörde keinen Einfluß haben. Um eine Gefährdung der Rundfunkfreiheit auszuschließen, ist der Gesetzgeber einzuschalten. Doch auch dieser sei nicht frei von der Neigung zur Instrumentalisierung des Rundfunks, die bei Teilen der Regierung und der im Parlament vertretenen Parteien bestehen könne¹¹⁷. Daher müsse eine Struktur bereitgestellt werden, die schon bei den Gefahrenquellen ansetzt und die Möglichkeit rechtswidriger Kompetenzwahrnehmung so weit wie möglich ausschließe. Eine solche Struktur könne nur in einer entsprechenden Verfahrensregelung bestehen. Dieser prozedurale Grundrechtsschutz sei überall da geboten, wo das Grundrecht keine materiellen Maßstäbe für grundrechtsrelevante staatliche Maßnahmen liefere und daher auch keine Ergebniskontrolle am Maßstab des Grundrechts erfolgen oder diese erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich wäre, in dem Verletzungen nicht mehr korrigiert werden könnten¹¹⁸. Diese Merkmale treffen besonders auf die Rundfunkfreiheit zu, weshalb die Anforderungen an eine streng geregeltes Verfahren hier noch einmal stärker zum Ausdruck gebracht wurden.

7. Extra-Radio-Beschluß: BVerfGE 97, 298

Dieser Entscheidung aus dem Jahr 1998 lag die Verfassungsbeschwerde eines privaten Radioanbieters (Extra Radio) zugrunde, der von der bayerischen Landeszentrale für neue Medien keine Lizenz erhielt. Der

¹¹⁷ BVerfGE 90, 60 (89)

¹¹⁸ Ebd. S. 96

Beschluß hat die Grundrechtsdogmatik einen entscheidenden Schritt voran gebracht. Während die vorangegangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts davon geprägt waren, die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Rundfunkgesetzgebers zu manifestieren, ist die subjektiv-rechtliche Position der Rundfunkveranstalter vernachlässigt worden. In der Extra-Radio-Entscheidung wird jedoch zum ersten Mal deutlich festgestellt, daß die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers neben der Sicherung der Meinungsvielfalt auch der Sicherung der grundrechtlichen Position der Rundfunkveranstalter dient. Sie könnten sich auf die Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berufen, die in ihrem Kern Programmfreiheit sei¹¹⁹. Innerhalb der vom Gesetzgeber geschaffenen Rundfunkordnung müsse dem Betroffenen die Möglichkeit offen stehen, eine Verletzung seiner Programmfreiheit geltend zu machen. Dadurch hat das Bundesverfassungsgericht die bisher vernachlässigte subjektiv-rechtliche Komponente des Freiheitsrechts hervorgehoben und damit die Rechtsposition der privaten Rundfunkveranstalter gestärkt, die bisher nur durch den Gleichheitssatz und das Willkürverbot geschützt waren. Dieser Grundrechtsbeachtungsanspruch stehe sowohl bereits zugelassenen Veranstaltern als auch Bewerbern zu. Das Gericht sieht die Gefahr der Einflußnahme auf die Programmfreiheit, wenn mehr Bewerber als Sendekapazitäten zur Verfügung stehen. Die Auswahlentscheidung könnte von der Einstellung zum geplanten Programmangebot gelenkt werden. Diese Gefahr schätzt das Gericht noch größer ein bei Verlängerungsanträgen, weil hier die Einstellung zu einem bereits ausgestrahlten Programm gefestigt sein könnte¹²⁰. Die in ständiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung geforderten Leitlinien für die Ausgestaltung der Rundfunkordnung sollen daher auch den Veranstalter vor den genannten Gefahren schützen.

8. Entscheidungen zum Deutschen Sportfernsehen und zur Kurzberichterstattung

Eine Entscheidung aus dem Jahr 1996 hatte Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Landesmedienanstalten um die Zulassung des Deutschen

¹¹⁹ BVerfGE 97, 298 (310)

¹²⁰ Ebd. S. 313

Sportfernsehens zum Gegenstand¹²¹. Darin bekräftigt das Gericht seine Auffassung, daß eine Vielfaltssicherung auf dem Rundfunkmarkt weiterhin erforderlich und nicht durch neuere Entwicklungen wie der Beseitigung der Frequenzknappheit im analogen Fernsehen entbehrlich sei. Im Gegenteil gebiete die zunehmende horizontale Verflechtung auf dem Fernsehmarkt und die vertikale Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit den vor- und nachgelagerten Märkten sowie die Privatisierung der Übertragungswege nach wie vor eine besondere Kontrolle der Märkte¹²².

Dem 1998 ergangenen Urteil¹²³ zur unentgeltlichen Kurzberichterstattung über Ereignisse, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Interesse sind, lag ein von der Bundesregierung angestrebtes Normenkontrollverfahren zugrunde. Darin fordert das Gericht ausreichende Maßnahmen gegen Informationsmonopole. Es führt die zuvor ergangene Entscheidung konsequent fort, indem es auf die Gefahr hinweist, die durch lückenlose Verwertungsketten ausgehend vom Rechteeinkauf schließlich zur Monopolisierung der Berichterstattung führt. Es müsse vermieden werden, daß herausragende Veranstaltungen von allgemeiner Bedeutung oder allgemeinem Interesse lediglich im Bezahlfernsehen gezeigt würden und damit nur einem Teil der Zuschauer zugänglich wären¹²⁴. Informationsmonopole gefährdeten die freie Meinungsbildung, weil sie uniforme Information begünstigten. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verlange jedoch plurale Informationsweitergabe, denn Informationen seien nicht bloße Abbildungen der Wirklichkeit, sondern stets Ergebnis eines Auswahl-, Deutungs- und Aufbereitungsprozesses. Konkurrierende Vorgehensweisen verschiedener Anbieter mit dem Rohmaterial der Information relativierten einander und ermöglichten so eine weitgefächerte Blickweise auf den dargestellten Sachverhalt und engten den Rezipienten nicht von vornherein in der Wahrnehmung ein¹²⁵.

¹²¹ BVerfGE 95, 163

¹²² Ebd. S. 173

¹²³ BVerfGE 97, 228

¹²⁴ Ebd. S. 258

¹²⁵ Ebd.

V. Konsequenzen für den Charakter und die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit

Die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an die Rundfunkorganisation stellt, weisen auf eine vorwiegend institutionelle Sichtweise des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG hin. Diese Rechtsprechung ist sehr umstritten¹²⁶. Die Kritiker sehen in der Gewährleistung durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in erster Linie die Verbürgung eines klassischen Freiheitsrechts im Sinne eines Abwehrrechts gegen den Staat¹²⁷. Sie bejahen einen grundrechtlichen Anspruch auf private Rundfunkveranstaltung. Die Rundfunkfreiheit sei den Grundrechten zuzuordnen, weshalb der Freiheitsbereich nicht durch den Staat, sondern lediglich von den Grundrechtsträgern selbst bestimmt werden dürfe. Von diesem Standpunkt aus müssen sich die organisatorischen Regelungen an den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 GG für Schrankengesetze messen lassen. Zur Begründung dieser Sichtweise wird vor allem die Stellung der Rundfunkfreiheit im Grundrechtsteil der Verfassung und die parallele Zulassungsfreiheit in der Presse angeführt.

Dennoch ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt. Das Rundfunkrecht umfaßt einen Lebensbereich, in dem verschiedene Interessen miteinander vereinbar sein müssen und zwar die der Kommunikatoren, der Medien und der Rezipienten. Eine gleichberechtigte Inanspruchnahme des Freiheitsrechts durch alle Beteiligten kann nur im Rahmen einer Ausgestaltung als Institution sichergestellt werden. Der gesamte Prozeß der Meinungsbildung muß frei sein. Insbesondere die Position der Rundfunkeilnehmer darf nicht ausgeblendet werden. Von Seiten des Staates muß die Freiheit der Meinungsbildung durch entsprechende Regelungen unterstützt werden. Die Vorgaben des Gerichts und die darauf folgende Ausgestaltung durch den Gesetzgeber sind jedoch eher positive Ausrichtungen denn negative Beschränkungen einer geschützten Tätigkeit. Denn bei insitutioneller Interpretation stellen die Einbindungen und Beschränkungen der Freiheitsrechte keine Eingriffe dar, sondern

¹²⁶ Vgl. Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, B Rn. 86 ; Hesse, Rundfunkrecht, S. 67

¹²⁷ Bullinger, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 142, Rn. 118ff.; Degenhart, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 656f.; Engel, AfP 1994, 185; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 5, Rn. 333

gehören der Freiheit schon begrifflich zu¹²⁸. Der Staat wird seinem Handlungsauftrag nicht dadurch gerecht, daß er die Rundfunkfreiheit auf Art. 5 Abs. 2 GG gestützt beschränkt. Der Handlungsauftrag geht darüber hinaus und fordert die Schaffung einer positiven Ordnung unter Zubilligung eines großen Gestaltungsspielraums für das einfache Recht¹²⁹. Die Regelungen, die der Gesetzgeber bei der Erfüllung des Auftrags erläßt, gestalten den objektiv-rechtlichen Gehalt des Grundrechts. Es sind dies grundrechtskonkretisierende Regelungen, die durch Gestaltung von Organisation und Verfahren effektiven behördlichen Rechtsschutz bieten¹³⁰. Die Ausgestaltung der Freiheit muß zwei gegenläufige Tendenzen zum Ausgleich bringen: das autonome und unantastbare Recht der Veranstalter auf Verwirklichung ihrer rundfunktispezifischen Handlungsfreiheit einerseits und die Orientierung dieses Rechts auf eine Funktion und Einbindung in eine zielorientierte Gesamtrechtsordnung¹³¹. Daß das Erfordernis einer Berücksichtigung subjektiv-rechtlicher Positionen auch für die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit gelten muß, läßt sich so deutlich erst in der Konsequenz der Extra-Radio-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sagen. Dieser Beschluß stellt keinen Abschied von der institutionellen Sichtweise der Rundfunkfreiheit¹³² dar, sondern nur eine stärkere Hervorhebung der Programmfreiheit der privaten Rundfunkveranstalter, indem er Ansätze früherer Urteile aufgreift, wonach den Veranstaltern ein größerer Spielraum bei der Gestaltung des Programms zukommt (Niedersachsen-Urteil) und die Freiheitlichkeit des Rundfunkwesens im Vordergrund steht (WDR-Urteil). Auch im Gebührenurteil wurde prozeduraler Grundrechtsschutz verlangt, um den Staat aus der Programmleitung fernzuhalten. Doch ist der Grundrechtscharakter im Rahmen eines Prozesses der freien Meinungsbildung zu bestimmen. Daher gebührt den funktionellen Elementen der Rundfunkfreiheit der Vorrang. Auch nach der Extra-Radio-Entscheidung gibt es keinen gesetzesfreien originären Anspruch auf Zulassung zur Rundfunkveranstaltung, sondern nur einen

¹²⁸ Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1532)

¹²⁹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 I,II, Rn. 167ff.

¹³⁰ Bethge, NJW 1982, 1 (4)

¹³¹ Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1533), bezogen auf die grundrechtlichen Freiheiten im allgemeinen; Bethge, NVwZ 1997, 1 (3)

¹³² So aber die Einschätzung von Westphal, MMR 1998, 200

Grundrechtsbeachtungsanspruch. Er zielt im Wesentlichen auf die Programmfreiheit. Dieser Anspruch aber erfordert Zulassungs-, Organisations- und Programmregelungen. Daraus folgt für die Bewerber zuerst ein Recht auf Teilhabe am und gleiche Stellung im Zulassungsverfahren und danach auf materiell- und verfassungsrechtlich beschränkte Zulassung bzw. auf ermessens- oder beurteilungsfehlerfreie Entscheidung¹³³. Der Anspruch der Veranstalter auf Teilhabe und Zulassung steht unter dem grundgesetzlichen Vorbehalt des Fehlens vorherrschender Meinungsmacht. Gleiches gilt für die Verlängerung einer Zulassung: Diese sollte nur bei Vorliegen schwerwiegender Gründe versagt werden¹³⁴. Einen schwerwiegenden Grund stellt das Innehaben vorherrschender Meinungsmacht im Fernsehen dar. Zu einer Bejahung schwerwiegender Gründe muß aber auch die Monopolisierung der Berichterstattung führen, die durch die vertikale und horizontale Verflechtung der Märkte hervorgerufen wird, wie die Entscheidungen zur Kurzberichterstattung und zum Deutschen Sportfernsehen zu entnehmen ist.

Ferner müssen die Regelungen über Zulassung und Kontrolle privaten Rundfunks an rechtsstaatlichen Maßstäben wie Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gemessen werden¹³⁵.

Darüber hinaus können die Rundfunkveranstalter Rechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG geltend machen.

Wer Rundfunk veranstaltet, fällt unter den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG, denn die Veranstaltung von Rundfunk ist eine auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage dient. Private Rundfunkunternehmen können den Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG in Anspruch nehmen, denn gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ist das Grundrecht auch auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar. Doch reichen die Freiheiten der Berufswahl und der Berufsausübung nur so weit, wie es die staatliche Verantwortung für die Freiheit des Rundfunks erlaubt. Denn Art. 12 Abs. 1 GG enthält einen Schrankenvorbehalt, der bei Vorliegen ausreichender Allgemeinwohlgründe, wie es die Zielorientierung der Rundfunkfreiheit

¹³³ Ladeur, AfP, 1998, 141 (146)

¹³⁴ vgl. auch Westphal, MMR 1998, 200 (202)

¹³⁵ BVerfGE 57, 295 (327)

auf die freie Meinungsbildung darstellt, eingreift¹³⁶. Daher erfaßt Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auch die berufsrechtliche Seite der Berichterstattung durch Rundfunk und Presse¹³⁷.

Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das ein Rundfunkunternehmen für sich in Anspruch nehmen kann. Denn die private Veranstaltung von Rundfunk ist ein wirtschaftlicher, auf Gewinn angelegter Vertrieb geistiger Güter. Doch werden durch Art. 14 Abs. 1 zukünftige Gewinnchancen, Interessen und Verdienstmöglichkeiten nicht geschützt. Daher steht dem Bewerber die Eigentumsfreiheit nicht zur Seite. Er schützt auch für bereits zugelassene Veranstalter nur das Erworbenene, das hier in dem am Markt eingeführten Unternehmen besteht¹³⁸. Auch wenn diesbezüglich bestandsgeschützte Grundrechtspositionen entstanden sind, die auf eine Garantie privaten Rundfunks hinauslaufen¹³⁹, so kann das im Einzelfall nicht gelten, wenn die freie Meinungsbildung beeinträchtigt wird. Die Veranstaltung von Rundfunk beruht auf einer Zulassungsentscheidung der jeweiligen Landesmedienanstalt. Diese Entscheidung steht unter dem grundgesetzlichen Vorbehalt des Fehlens vorherrschender Meinungsmacht. Deshalb wird auch Art. 14 GG durch Art. 5 GG überlagert, wenn die Herstellung eines offenen Meinungsmarktes betroffen ist. Die wirtschaftliche Verbreitungsfreiheit wird vom Schutzbereich der Meinungsverbreitungsfreiheit erfaßt¹⁴⁰, so daß diese keinen eigenen Gehalt aufweist, soweit der Bereich der freien Meinungsbildung berührt ist. Trotz der nach Art. 14 Abs. 2 GG normierten Sozialpflichtigkeit des Eigentums ist die Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht nach Art. 5 GG zu beurteilen¹⁴¹. Zwar sind dem Status der Rundfunkveranstalter Elemente der Programmautonomie und der Privatnützigkeit nicht fremd, denn der Rundfunk soll frei sein¹⁴². Der Kernbereich der Eigentumsgarantie darf nicht ausgehöhlt werden. Doch ist auch hier die Gestaltungsfreiheit des

¹³⁶ BVerfG, ZUM 1998, 240 (248)

¹³⁷ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 5 I, II, Rn. 141

¹³⁸ Engel, ZUM 2000, 345 (356)

¹³⁹ Bethge, NVwZ 1997, 1 (4); Degenhart, in: Bonner Kommentar, Art. 5 I, II, Rn. 642

¹⁴⁰ Bullinger, JZ 1987, 257 (262)

¹⁴¹ Ricker/ Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, B Rn. 205

¹⁴² BVerfGE 83, 238 (316)

Gesetzgebers umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjektes ist¹⁴³. Die Grundrechtsausübung darf nicht nach § 903 BGB im Belieben des Rundfunkveranstalters als Eigentümer stehen, sonst hätten Minderheitenansichten keine Chance, dargestellt zu werden¹⁴⁴. Die Rundfunkfreiheit ist kein Freiheitsrecht, das seinem Träger zum Zwecke der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung eingeräumt ist¹⁴⁵.

Die Interpretation eines Freiheitsrechtes nicht lediglich als Abwehrrecht stellt keine Negierung des Freiheitsschutzes dar, sondern nur seine soziale Einbindung¹⁴⁶. Dies gilt auch für die Rundfunkfreiheit, die mit Blick auf Demokratiegebot und Sozialstaatsprinzip zu definieren ist. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verbürgt kein originäres Recht auf Zugang zur Rundfunkveranstaltung für Private. Es ist kein Freiheitsrecht im klassischen Sinne, denn es kommt hier auf das Ob und Wie der Grundrechtsausgestaltung an. Dieses Verständnis der Rundfunkfreiheit rechtfertigt die Regulierungsmaßnahmen nach dem Rundfunkstaatsvertrag.

Trotz nicht ungeteilter Zustimmung in der Literatur zu dieser Interpretation der Rundfunkfreiheit sollen die verfassungsgerichtlich entwickelten Grundlagen den Ausgangspunkt und Maßstab der folgenden Untersuchung darstellen.

¹⁴³ BVerfG NJW 1999, 2877 (2878)

¹⁴⁴ Böckenförde/Wieland, AfP 1982, 77

¹⁴⁵ BVerfGE 87, 181 (197)

¹⁴⁶ Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1538)

§ 3 Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Rundfunkstaatsvertrag

I. Übersicht der verschiedenen Ordnungsmodelle

Das Bundesverfassungsgericht gewährt den Ländern Gestaltungsspielraum bezüglich der Vielfaltssicherung¹⁴⁷. Das bedeutet, daß es ihnen frei steht zu wählen, anhand welcher Kriterien eine einseitige Beeinflussung der Meinungsbildung, also vorherrschende Meinungsmacht, gemessen wird. Dazu wurden von Literatur und Praxis verschiedene Modellvorstellungen entwickelt, die kurz dargestellt werden sollen, bevor auf das derzeit geltende Ordnungsmodell, das Zuschauermarktanteilsmodell, eingegangen wird.

1. Die Anbietergemeinschaft

Im Rundfunkstaatsvertrag von 1991 war mit § 21 eine Vorschrift zur Sicherung der Meinungsvielfalt enthalten. Die dort getroffene Regelung wurde als Modell der „Anbietergemeinschaft“ bezeichnet.

Der Gefahr einer vorherrschenden Meinungsmacht durch wirtschaftliche und publizistische Konzentration versuchte § 21 RStV 1991 durch das Gebot zur Bildung von (Rundfunk)Anbietergemeinschaften entgegenzuwirken. Die Kontrolle der Anbieter sollte durch ein Sicherungssystem aus Beschränkung und Zurechnung gesellschaftsrechtlicher Beteiligung ausgeübt werden. Die Limitierung beschränkte einen Veranstalter auf zwei Programme sowie die Beteiligten in der Zahl und in der Höhe der Beteiligung durch Kapital- oder Stimmrechtsanteile. Die Kernaussagen des Modells der Anbietergemeinschaft lauteten, daß an einem bundesweit verbreiteten Fernsehvollprogramm oder Fernsehspartenprogramm mit dem Schwerpunkt Information keiner der Gesellschafter 50 % oder mehr der Kapital- oder Stimmrechtsanteile halten oder sonst einen vergleichbaren Einfluß ausüben durfte. Wer als Gesellschafter an einem solchen Unternehmen mit mindestens 25 jedoch maximal 49,9 % beteiligt war, durfte sich an zwei weiteren Vollprogrammen oder Informationspartenprogrammen nur noch mit höchstens 24,9 %

¹⁴⁷ BVerfGE 57, 295 (325)

beteiligen. Getragen wurde diese binnenplurale Vorkehrung von dem Gedanken, daß ein aus mehreren Beteiligten zusammengesetzter Veranstalter eine bessere Gewähr für Vielfalt im Programm bietet als ein monokratisch organisierter Veranstalter¹⁴⁸.

§ 21 Abs. 1 S. 2 bis 4 RStV 1991 sollten durch Zurechnungsnormen verhindern, daß die Identität von Programmträgern verdeckt wird und ein Programmträger im Ergebnis doch mehr als zwei bundesweite Programme veranstaltet. Diese Zurechnungsnormen sollten dafür sorgen, daß alle Personen erfaßt werden, die nach dieser Vorschrift als Beteiligte anzusehen sind. Es sollten nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Einflußmöglichkeiten als beachtlich angesehen werden.

Nach Abs. 2 und 3 wurden sonstige medienrechtlich relevante Einwirkungsmöglichkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur einem gesellschaftsrechtlichen Einfluß gleichgestellt. Darunter wurden auch Einflußfaktoren programmlicher Natur subsumiert. Wer also auf die Programmgestaltung des Veranstalters in einer dem gesellschaftsrechtlichen Einfluß vergleichbaren Weise einwirken konnte, war diesem Veranstalter ebenfalls zuzurechnen.

§ 21 RStV 1991 war ausgesprochen kompliziert gefaßt und in sich auch nicht ganz widerspruchsfrei, so daß sich daran vielfach Kritik entzündet hat¹⁴⁹. Die Praxis hat gezeigt, daß wichtige Problemfelder durch die Anwendung dieser Vorschrift nicht erfaßt werden konnten:

Der Zwang zur Bildung von Anbietergemeinschaften hat dazu geführt, daß die wenigen investitionswilligen Unternehmen im Fernsehbereich wechselseitig aufeinander Rücksicht genommen haben. Es führte zu Mehrfachbeteiligungen und damit zu sehr begrenztem Veranstalterwettbewerb. So erwies sich § 21 RStV 1991 eher als ein Hindernis der eigentlich angestrebten Konzentrationsbekämpfung¹⁵⁰.

Die Festlegung starrer Beteiligungsgrenzen verfehlte ihr Ziel, den tatsächlichen Einfluß der einzelnen Programme auf die öffentliche Meinungsbildung zu erfassen, denn die Beteiligung an Programmen mit hoher Einschaltquote und größerer Reichweite wurde ebenso gewertet wie die an einem Veranstalter mit niedrigem Marktanteil.

¹⁴⁸ Henle, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 19

¹⁴⁹ Vgl. statt vieler: Stockmann/Zigelski, ZUM 1995, 537 (538ff.)

¹⁵⁰ Kübler, MP 1995, S. 48ff.

Die Begrenzung von Kapital- und Stimmrechtsanteilen bot einen ständigen Anreiz zu Umgehungsversuchen. Dadurch wurde die Gründung von Treuhänderschaften und Strohmanngesellschaften geradezu provoziert, weil die auf dem Medienmarkt agierenden Unternehmen in einem wettbewerbsorientierten Rundfunksystem nach vorherrschendem Einfluß strebten¹⁵¹.

Zudem enthielt § 21 RStV 1991 keinen eigenen Regelungstatbestand für Fälle der diagonalen (medienübergreifenden) und vertikalen (Produktions- und Zulieferbereich) Konzentration. Eine umfassende, den gesamten Medienbereich betreffende Konzentrations- und Vielfaltsprüfung war durch § 21 RStV 1991 folglich nicht möglich¹⁵².

Vor dem Hintergrund dieser kritischen Überlegungen zeichnete sich eine überwiegende Meinung für die Ersetzung der Anbietergemeinschaft ab¹⁵³, wobei die nachfolgend dargestellten Modelle diskutiert wurden. Deren Lösungsansätze waren an der Zweckmäßigkeit zur Erreichung der Ziele einer medienrechtlichen Konzentrationskontrolle zu messen. Wegen des Zensurverbots und der verfassungsrechtlich geforderten Staatsferne des Rundfunks dürfen die Regelungen das Ziel der Meinungsvielfalt nicht direkt ansteuern, sondern darf Meinungsmacht nur indirekt bekämpft werden, weswegen inhaltliche Kontrollen nicht zulässig sind. Darüber hinaus standen folgende Beurteilungskriterien im Mittelpunkt:¹⁵⁴

- Um die Entscheidungen der Kontrollbehörden vorhersehbar und berechenbar zu machen und die Gefahr politischer Einflußnahme zu verhindern, sollten die Regelungen klar und einfach sein.
- Gleichzeitig sollten die Regelungen flexibel sein, um zukünftige, nur begrenzt vorhersehbare Entwicklungen erfassen zu können ohne die Unternehmen in ihrer Planungssicherheit zu beeinträchtigen.
- Die Konzentration sollte mittels schnell und sicher festzustellenden Größen gemessen werden, die in einem engen Zusammenhang mit dem Schutzzweck der Konzentrationskontrolle stehen.
- Durch die Regelung sollte internes Wachstum nicht ausgeschlossen werden, um wettbewerbliche Anreize zu erhalten.

¹⁵¹ Kleist, ZUM 1993, 503 (506)

¹⁵² Kübler, MP 1995, 48 (49)

¹⁵³ Vgl. Stockmann/Zigelski, ZUM 1995, 537 (540)

¹⁵⁴ Ebd. S. 541

- Verbindungen zu vor- und nachgelagerten Märkten sollten in die Kontrolle einbezogen werden.

2. „one man/one show“ - Modell

Nach dem „one man/one show“-Prinzip wäre die unbegrenzte Beteiligung, also bis zur Alleininhaberschaft, an einem bundesweit verbreiteten Voll- oder Informationsprogramm zulässig. Daneben wären aber weitere Beteiligungen an solchen Programmen ausgeschlossen.

Diese Regelung ist jedoch aufgrund ihrer Undifferenziertheit nicht favorisiert worden. Sie eignet sich nicht für die Einbeziehung von Spartenprogrammen sowie für die Kontrolle intermediärer Konzentration. Zudem wich sie zu stark vom System des § 21 RStV 1991 ab, was die Veranstalter zu einer Vielzahl von Entflechtungen gezwungen hätte¹⁵⁵.

3. Mediennutzungsmodell

Das Mediennutzungsmodell knüpft an die Einschaltquote an und stellt damit auf den Zuschauermarkt ab. Es verbietet Verbindungen zwischen unterschiedlichen Medien, vor allem zwischen Presse und Rundfunk, indem die marktbeherrschende Position des Fernsehveranstalters auf anderen benachbarten und vorgelagerten Märkten bei der Einschaltquote angerechnet wird. Hier findet auch die sogenannte „Angehörigenklausel“ ihren Ursprung, wonach die jeweiligen Anteile der Familienangehörigen an Medienunternehmen einander zuzurechnen sind.

Hintergrund dieses Modells ist die Annahme eines erheblichen Gefährdungspotentials für die Meinungsvielfalt, welches in dem Verbund publizistischer Macht gesehen wurde. Dagegen wurde zum Ansatz gebracht, daß gerade in dem Verbund von medienübergreifenden publizistischen Einheiten Entwicklungsmöglichkeiten der Rundfunkunternehmen lägen, die durch dieses Modell erheblich beschränkt würden¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Engel, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 244

¹⁵⁶ Clausen-Muradian, ZUM 1996, 934 (936f.)

4. Werbemarktanteilsmodell

Die Begrenzung von Marktanteilen im Fernsehbereich soll die Entstehung von vorherrschender Meinungsmacht verhindern. Abgestellt wird dabei zumeist auf die Zuschaueranteile an bestimmten Teilmärkten. Als Abgrenzungskriterien kommen die Verbreitungsart (Antenne, Satellit), inhaltliche Kriterien (Vollprogramm, Spartenprogramm) oder die Art des Bezugssystems (gebühren-, werbe-, entgeltfinanziert) in Frage. Diese Abgrenzung ist schwierig und mit Unsicherheiten belastet¹⁵⁷. Dem begegnet das Werbemarktanteilsmodell, indem es nicht an die Einschaltquoten, sondern an die von den Rundfunkunternehmen erzielten Werbeerlöse anknüpft, was den Vorteil einfacher Meßbarkeit hat. Auch die Einbeziehung der diagonalen und vertikalen Konzentration wäre erleichtert¹⁵⁸.

Dieser Vorschlag ist jedoch stark der kartellrechtlichen Fusionskontrolle angenähert und darin liegt sein Nachteil. Er ist zu weit entfernt von dem Zweck der angestrebten Regelung, Meinungsmacht zu verhindern. Nach dem Bundesverfassungsgericht sind Wirtschaftsmarkt und Meinungsmarkt nicht gleichzusetzen¹⁵⁹. Dieses Modell erschwerte auch die Einbeziehung meinungsrelevanter mischfinanzierter Programme und ließe das Pay-TV ganz außer Betracht¹⁶⁰.

5. Binnenplurales Modell

Dieser Modellvorschlag beruht auf dem Gedanken, daß es der Meinungsvielfalt förderlich ist, wenn Programmverantwortung und Unternehmensleitung getrennt werden. Entsprechend der Meinungsrelevanz der jeweiligen Programmkategorie schreibt er die Einrichtung eines unabhängigen Programmbeirates mit Beteiligung gesellschaftlich relevanter Gruppen vor, dem programmgestaltende Einwirkungsmöglichkeiten zuzubilligen sind. Redakteursstatuten sollen eigenständige journalistische Verantwortung und damit die innere Rundfunkfreiheit der Redakteure garantieren. Unter dem Gesichtspunkt

¹⁵⁷ Vgl. unten § 3 III

¹⁵⁸ Kübler, MP 1995, 48 (49)

¹⁵⁹ BVerfGE 74, 297 (335)

¹⁶⁰ Engel, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 255

der Herstellung von Programmvietfalt sollten die Veranstalter verpflichtet werden, unabhängigen Dritten Sendezeit einzuräumen. Diese Elemente könnten Wahlmöglichkeiten für die Unternehmen darstellen in der Form, daß beispielsweise die Zulassung bei Überschreiten verbindlichen Konzentrationsschwelle nicht widerrufen wird, wenn das Unternehmen sich freiwillig binnenstrukturellen Vorgaben unterwirft¹⁶¹. Ein solches Modell hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich für zulässig erklärt, jedoch darauf hingewiesen, daß durch die Einflußnahme gesellschaftlich relevanter Gruppen auf die Programmgestaltung der private Rundfunk um die wesentlichen Elemente privatautonomer Entscheidung und Gestaltung gebracht werde¹⁶². Es käme hier eine Kollision mit der Rundfunkveranstalterfreiheit, die in ihrem Kern Programmfreiheit ist¹⁶³, in Betracht. Dazu wäre es kaum vorstellbar, daß ein privatwirtschaftlichen Gesetzen unterwerfener Unternehmer zu solchen Bedingungen arbeiten wollte, da diese erheblich in seine Programmautonomie und das Management eingreifen würden.

II. Das Außenpluralistische Modell des Rundfunkstaatsvertrages

Das mit dem 3. Rundfunkänderungsstaatsvertrag eingeführte und noch immer geltende Kontrollmodell basiert auf außenpluralistischen Sicherungsvorkehrungen. Beim privaten Rundfunk ist auf die Einhaltung eines Grundstandards gleichgewichtiger Vielfalt¹⁶⁴ zu achten. Beim außenpluralistischen Ordnungsmodell muß nicht jedes einzelne Programm dem Postulat der Ausgewogenheit genügen, sondern die Vielzahl der Veranstalter mit unterschiedlich pointierten Programmen soll ein Klima der Vielfalt schaffen (Programmpluralismus)¹⁶⁵. Dieser Programmpluralismus bedarf jedoch der Organisation, um außerhalb der Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten keine Ungleichgewichtigkeiten durch weitere Programme aufkommen zu lassen. Das außenpluralistische Strukturmodell sieht diesbezüglich vor,

¹⁶¹ Kübler, in: Die Sicherung der Meinungsvietfalt, S. 313f.

¹⁶² BVerfGE 83, 256 (263)

¹⁶³ BVerfGE 97, 298 (310)

¹⁶⁴ BVerfGE 73,118 (160)

¹⁶⁵ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, C Rn. 20

daß die privaten Veranstalter extern durch die Landesmedienanstalten als Zulassungs- und Aufsichtsbehörde kontrolliert werden¹⁶⁶.

1. Regelung des § 26 RStV

Das außenpluralistische Modell findet seine Ausprägung in § 26 RStV. Dieser stellt die Kernnorm der materiellen Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt dar. Es basiert auf dem Zuschauermarktanteilsmodell, enthält aber darüber hinaus einzelne Elemente der zuvor dargestellten Modelle. Nach dem Zuschauermarktanteilsmodell werden die Veranstaltung von Programmen und die Beteiligung an Programmveranstaltern nicht mehr gesellschaftsrechtlich zahlenmäßig beschränkt, sondern durch den Zuschaueranteil, den ein Rundfunkunternehmen mit seinen Beteiligungen erreicht. Der Zuschaueranteil eines bestimmten Programms ist der Anteil der Zeit, in der dieses Programm gesehen wird bezogen auf die Gesamtzeit, in der von der Bevölkerung ferngesehen wird. Dieser Begriff hat daher eine persönliche und eine zeitliche Komponente. Gemäß § 26 Abs. 1 RStV ist es einem Unternehmen gestattet, selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen¹⁶⁷ eine unbegrenzte Anzahl von Fernsehprogrammen zu veranstalten, es sei denn, es erreicht dadurch vorherrschende Meinungsmacht. Das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht wird nach dem Grundtatbestand des § 26 Abs. 2 S. 1 RStV vermutet, wenn die dem Unternehmen zurechenbaren Programme einen Zuschaueranteil von 30 % im Jahresdurchschnitt erlangen.

Darüber hinaus enthält das Modell in § 26 Abs. 2 S. 2 RStV Elemente des Mediennutzungsmodells, womit erstmals die medienübergreifende Verflechtung (diagonale Konzentration) und die Verflechtung entlang der Verwertungskette von Medienprodukten (vertikale Konzentration)¹⁶⁸ einer Kontrolle unterworfen wird. Danach wird vorherrschende Meinungsmacht auch bei geringfügiger Unterschreitung des 30-Prozent-Anteils vermutet, wenn das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt oder eine Gesamtbeurteilung seiner medienrelevanten Aktivitäten ergibt, daß der

¹⁶⁶ Ebd. E Rn. 34

¹⁶⁷ Dazu gleich unter 2.

¹⁶⁸ Insgesamt werden diese Verflechtungsarten auch als Cross-ownership bezeichnet.

dadurch erzielte Meinungseinfluß einem Zuschaueranteil von 30 % entspricht, also vorherrschende Meinungsmacht nahelegt.

Die Vermutungsregelung läßt dem betroffenen Veranstalter den Entlastungsbeweis offen. Er kann nachweisen, daß trotz Überschreiten des Limits vorherrschende Meinungsmacht nicht gegeben ist. Ist dagegen die Grenze unterschritten (Abs. 2 S. 2), so trifft die Beweislast für das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht die KEK. § 26 RStV enthält daher eine nach zwei Seiten offene Beweislastregelung¹⁶⁹.

Wird der Wert von 30 % der Zuschaueranteile überschritten bzw. liegt er bei Erfüllung der zusätzlichen Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV geringfügig darunter, so muß das Unternehmen Beteiligungen reduzieren, bis er unterschritten wird. Als Alternative dazu kann es vielfaltssichernde Maßnahmen ergreifen, die trotz überschrittener Marktanteilsgrenze vorherrschender Meinungsmacht entgegenwirken. Mit der Möglichkeit des Ergreifens vielfaltssichernder Maßnahmen setzt das Modell auf binnenplurale Sicherungsvorkehrungen.

2. Zurechnung von Programmen

Ein Unternehmer kann zwar eine unbegrenzte Anzahl von Fernsehprogrammen veranstalten, muß sich aber bei der Messung der Zuschaueranteile nach Maßgabe des § 28 RStV Programme zurechnen lassen. Diese Zurechnungsnorm greift auf Tatbestände des Gesellschafts- und Kartellrechts zurück und bezieht darüber hinaus vergleichbare Einflußnahmen mit ein¹⁷⁰. Nach § 28 Abs. 1 S. 1 RStV werden alle Programme zugerechnet, die das Unternehmen selbst veranstaltet oder die von einem Unternehmen veranstaltet werden, an dem es unmittelbar mit 25 % der Kapital- und Stimmrechtsanteile beteiligt ist. Die Festlegung des Grenzwertes trägt dem Umstand Rechnung, daß erst Beteiligungen ab 25 % der Kapital- und Stimmrechtsanteile es ermöglichen, Grundlagen- und Strukturentscheidungen wie Satzungsänderungen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen zu verhindern¹⁷¹.

¹⁶⁹ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 26, S. 10f.

¹⁷⁰ Vgl. dazu die ausführliche Darstellung der Problematik bei Bohl, Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien, S. 122ff.

¹⁷¹ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 28, S. 5

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 RStV sind auch Programme über indirekte Beteiligungen zuzurechnen, wenn ein Verbundtatbestand nach § 15 AktG vorliegt und das Beteiligungsunternehmen seinerseits einen Anteil von wenigstens 25 % an einem Veranstalter hält.

Da die Fixierung auf formale Beteiligungshöhen vielfach Anlaß zu Umgehungsversuchen gibt, hat der Gesetzgeber in § 28 Abs. 2 RStV vergleichbare Einflüsse den gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsgrenzen gleichgestellt und folgt damit einer Regelung in § 21 RStV 1991. Als Indizien für vergleichbare Einflüsse („gilt auch“)¹⁷² werden in Nr. 1 die Gestaltung eines wesentlichen Anteils an der Sendezeit mit zugelieferten Programmteilen, in Nr. 2 wesentliche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Programmgestaltung, den Programmeinkauf oder die Programmproduktion genannt. Daraus kann abgeleitet werden, daß ein vergleichbarer Einfluß immer dann vorliegt, wenn vertragliche Vereinbarungen, die Ausgestaltung der Satzung oder auch tatsächliche Umstände es dem Unternehmen gestatten, eine Interessenkoordinierung mit dem Beteiligungsunternehmen herbeizuführen¹⁷³.

§ 28 Abs. 3 RStV bestimmt, daß es auf den Sitz des Veranstalters nicht ankommt, so daß bei der Zurechnung auch Unternehmen mit einzubeziehen sind, die ihren Sitz außerhalb des Geltungsbereichs des Vertrages haben.

Schließlich enthält § 28 Abs. 4 RStV eine Angehörigenklausel, deren Regelung sehr umstritten ist¹⁷⁴. Danach erfolgt eine Zurechnung von Beteiligungen Familienangehöriger. Für die Einbeziehung von Angehörigenverhältnissen verweist sie auf die Grundsätze des Wirtschafts- und Steuerrechts. Nach der diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung gibt es aber keinen Erfahrungssatz dafür, daß Familienangehörige stets die gleichen Interessen verfolgen¹⁷⁵. Daher reicht das Vorliegen eines Angehörigenverhältnisses für eine Zurechnung der Beteiligungen allein noch nicht aus, sondern es müssen weitere Umstände hinzukommen, wie insbesondere eine vertragliche Regelung einer Interessendivergenz¹⁷⁶.

¹⁷² Neft, ZUM 1998, 458 (460)

¹⁷³ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 28, S. 10

¹⁷⁴ Ebd. S. 11

¹⁷⁵ Neft, ZUM 1998, 458 (461) mit Nachweisen zu dieser Rechtsprechung

¹⁷⁶ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 28, S. 11.

§ 28 RStV hat zum Ziel, Einflußnahmen eines Unternehmens auf andere Programmträger und deren Programme offenzulegen, wenn sie eine Interessenkoordinierung in der Geschäftspolitik und Programmgestaltung ermöglichen. Dadurch soll im Zusammenhang mit § 26 RStV eine Beeinträchtigung freier Kommunikation durch den Rundfunk verhindert werden. Die Regelung steht damit in Einklang mit dem Verfassungsrecht, das den Prozeß freier Meinungsbildung schützen will.

III. Marktabgrenzung

Das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht kann nur bezogen auf einen bestimmten Markt beurteilt werden. Er muß in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht von anderen Märkten abgegrenzt werden¹⁷⁷. Diese Notwendigkeit ergibt sich auch aus dem Anspruch auf Rechtssicherheit für die Rundfunkveranstalter. Es muß feststehen, welcher Markt die Grundlage für die Erhebung der Anteile bildet und welche Märkte in die Berechnung mit einfließen.

1. Zulässigkeit

Zunächst stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Abgrenzung des Marktes und darauf aufbauender Ermittlung von Anteilen. Ein Maßstab für Meinungsinhalte existiert nicht. So laufen quantifizierte Zuschaueranteile Gefahr, die verfassungsrechtlich determinierten qualitativen Ziele zu verfehlen¹⁷⁸. Das von der Verfassung geforderte Ziel besteht darin, die Meinungsvielfalt zu erhalten. Das Bundesverfassungsgericht läßt dem Gesetzgeber die Freiheit der Wahl des Modells zur Erreichung dieses Ziels¹⁷⁹, wobei es sich nicht um „absolute“, sondern nur um „hinreichende“ Sicherungen handeln kann¹⁸⁰. Das außenplurale Ordnungsmodell ist auf die Herstellung numerischer Vielfalt gerichtet, bei der davon ausgegangen werden kann, daß der Rundfunk nicht einzelnen Gruppen ausgeliefert wird. Bezugspunkt ist dabei das Gesamtangebot von Rundfunkveranstaltungen. Dieses stellt

¹⁷⁷ Emmerich, ZHR 139, 501 (504)

¹⁷⁸ Stock, JZ 1997, 583 (591)

¹⁷⁹ BVerfGE 57, 295 (321)

¹⁸⁰ Ebd. S. 324

den Markt dar. Um ermitteln zu können, ob ein einzelner Veranstalter übermäßig stark vertreten ist, muß daher der Markt als Bezugsgröße bestimmt werden. Bei der Prüfung kartellrechtlich relevanter Sachverhalte müssen die Märkte ebenfalls abgegrenzt werden. Jede Debatte über unternehmerische Konzentration, auch im Medienbereich, hat mit der Definition des relevanten Marktes zu beginnen und zwar in gegenständlicher und räumlicher Sicht¹⁸¹. Sowohl das Kartellrecht als auch das Medienrecht haben im Ansatz vergleichbare Anliegen, einerseits wirtschaftliche Machtstellungen und andererseits das Entstehen von Meinungsmacht zu verhindern¹⁸². Die Marktabgrenzung wird daher nach dem Vorbild des Kartellrechts vorgenommen.

2. Sachliches Kriterium

Das Kartellrecht bedient sich zur Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht des Bedarfsmarktkonzepts. Danach werden diejenigen Güter oder Dienstleistungen zu einem Markt zusammengerechnet, die sich nach ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage nahestehen, so daß der Durchschnittsverbraucher sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs miteinander vergleicht und als gegeneinander (funktionell) austauschbar ansieht¹⁸³.

Das Bedarfsmarktkonzept muß auf Rundfunksendungen übertragbar sein. Diese sind keine Produkte im klassischen Sinne, denen ein festliegender Verwendungszweck innewohnt. Sie vermitteln Meinungsinhalte. Dennoch spricht auch das Bundesverfassungsgericht vom Meinungswettbewerb¹⁸⁴, auf den zum Teil die Charakterisierungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs zutreffen. Äußernde und Empfänger stehen sich auf dem Meinungsmarkt in einer durch das Massenmedium vermittelten Wechselbeziehung gegenüber. Die Rezipienten entscheiden sich frei für ein bestimmtes Programmangebot. So läßt sich das Abgrenzungskriterium der funktionellen Austauschbarkeit auch auf Rundfunkdarbietungen übertragen. Die Zuschauer treffen ihre

¹⁸¹ So auch das Europäische Medieninstitut, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 143

¹⁸² Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, vor § 23, Rn. 72

¹⁸³ Emmerich, Kartellrecht, S. 234

¹⁸⁴ BVerfGE 74, 297 (335)

Programmauswahl zu einem bestimmten Nutzen, nämlich zur Befriedigung bestimmter psychischer und sozialer Bedürfnisse. Dabei kann es sich um das Bedürfnis nach Information, Unterhaltung, nach persönlicher Identität und nach Integration und sozialer Interaktion handeln¹⁸⁵. Dieser Nutzenansatz¹⁸⁶ ist das Kriterium für die Austauschbarkeit von Fernsehprogrammen. Die Marktabgrenzung kann daher nach dem Konzept des Kartellrechts vorgenommen werden.

Der dominierende Faktor bei der Marktabgrenzung ist die Größe der Marktes. Nach § 27 Abs. 1 RStV ist der Gesamtmarkt der Fernsehzuschauer, der Rezipientenmarkt, betroffen. Danach besteht der für die Bemessung zugrunde zu legende Markt aus allen deutschsprachigen Programmen des öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunks. Das Wettbewerbsrecht spaltet den Rezipientenmarkt nach Programmart, Finanzierung und Übertragungsweg in Teilmärkte auf und nimmt zum Teil noch weitere Unterteilungen vor¹⁸⁷. Der Rundfunkstaatsvertrag folgt dieser Aufspaltung dagegen nicht. Durch seine Orientierung auf die Meinungsvielfalt ist für ihn der Charakter des Rundfunks als für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen (§ 2 Abs. 1 RStV) ausschlaggebend.

a) Keine Unterscheidung nach Übertragungs-, Programm- und Finanzierungsart

Daher ist für den Rundfunkstaatsvertrag nicht in erster Linie der Vorgang der Übertragung¹⁸⁸, sondern der Empfang als solcher von Bedeutung. Denn dieser ist untrennbar mit der Meinungsbildung verbunden. Demzufolge ist auch digitales Fernsehen in die Berechnungsgrundlage mit einzubeziehen. Die Übertragungsform hat keinen Einfluß auf seinen Charakter als Medium und Faktor der Meinungsbildung. Sie ist nicht konstituiv für die Wirkungsweise. Daher müssen die mit analogen und

¹⁸⁵ Schulz, in: Massenkommunikation, S. 164

¹⁸⁶ „uses and gratification approach“ der Medienwirkungsforschung, vgl. Kaase, in: Zuschaueranteile als Maßstab vorherrschender Meinungsmacht, S. 21

¹⁸⁷ Knothe/ Lebens, AfP 2000, 125 (128f.)

¹⁸⁸ Der Übertragungsvorgang als technische Dienstleistung ist Bestandteil des vorgelagerten Marktes und demzufolge dennoch für die Rundfunkkontrolle relevant.

digitalen Programmen erreichten Zuschaueranteile eines Unternehmens zusammengerechnet werden. Es kommt nur auf die Form der Kommunikation¹⁸⁹ und darauf an, ob die Anbieter mit ihren Programmen die Empfänger erreichen.

In Orientierung an dem Schutzzweck der freien Meinungsbildung erfolgt auch keine Differenzierung zwischen Voll- und Spartenprogrammen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf keine Anknüpfung an inhaltliche Kriterien und keine Differenzierung von Sendeinhalten nach ihrer Meinungsrelevanz erfolgen, da sich die Meinungsbildung nicht nur über Informationsprogramme, sondern auch über Unterhaltungssendungen beeinflussen läßt¹⁹⁰.

Unterschieden wird auch nicht hinsichtlich der Finanzierungsart (entgelt-, werbe- oder gebührenfinanziert)¹⁹¹. Das hat jedoch zur Konsequenz, daß auch der öffentlich-rechtliche Sektor in die Bemessungsgrundlage mit einfließt. Je umfassender aber der relevante Markt ist, je mehr Programme also in die Berechnung des Gesamtmarktes mit einbezogen werden um so schwerer ist eine Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen festzustellen. Daher neigt die Praxis bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Sachverhalten zu einer engen Marktabgrenzung, um zu überschaubaren Marktverhältnissen zu gelangen¹⁹². Unter diesem Aspekt muß die Notwendigkeit der Einbeziehung von auch öffentlich-rechtlichem Rundfunk erörtert werden.

b) Einbeziehung öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Kritiker der Einbeziehung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in die Marktberechnung führen an, daß dadurch die potentielle Erreichbarkeit der zulässigen Anteilshöchstgrenze hinausgeschoben würde. Denn so teilt sich der Markt auf eine größere Zahl von Programmen auf. Bei

¹⁸⁹ Während es sich bei Telediensten um Individualkommunikation handelt (§ 2 Abs. 1 TDG), fehlt bei den Mediendiensten das Merkmal der Darbietung (§ 2 Abs. 1 MStV), durch das die besondere Rolle des Rundfunks als Medium und Faktor der Meinungsbildung gekennzeichnet wird.

¹⁹⁰ BVerfGE 12, 205 (260)

¹⁹¹ Begriffsbestimmung des Rundfunks in § 1 S. 1, 2 RStV

¹⁹² Emmerich, Kartellrecht, S. 75

Einbeziehung öffentlicher Programme in die Berechnung verschöbe dies die Aussagekraft für die Meinungsbildungsrelevanz der Privaten durch eine zu weite Abgrenzung des Marktes¹⁹³. Denn die Einbeziehung öffentlich-rechtlichen Fernsehens in die Berechnung erlaube, daß das Fernsehen auf dem privaten Sektor von den beiden Sendefamilien Bertelsmann/CLT und Kirch/Springer dominiert wird, ohne daß dem kontrollbehördliche Maßnahmen folgen würden. Diese beiden großen Anbieter teilen sich den privaten Fernsehmarkt auf, so daß sich realistisch betrachtet ein Anteil daran von jeweils 50% ergibt. Wird dagegen der öffentlich-rechtliche Sektor mit einbezogen, der derzeit ca. 40% der Zuschaueranteile auf sich vereinigt¹⁹⁴, so ist erkennbar, daß die 30%-Regelung eine Aufteilung der restlichen 60% des privaten Sektors in zwei Gruppen erlaubt, die so vor Eingriffen durch die Kontrollbehörden schützt. Die wahre Höhe des Einflusses der privaten Anbieter auf die Meinungsbildung von eigentlich 50% der gemessenen Zuschaueranteile würde durch die 30%-Anteilsregelung und durch die Definition eines gemeinsamen Marktes nicht offengelegt. Der Sinn der Konzentrationskontrolle wäre damit in Frage gestellt, da Meinungskonzentration in den Tatsachen entsprechenden Zahlen so nicht zu ermitteln wäre.

Neben diesem tatsächlichen Argument wird die Kritik an der Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Veranstalter mit dem Schutzzweck der Vorschrift begründet: Die öffentlich-rechtlichen Anbieter müßten aufgrund ihres verfassungsrechtlichen Grundversorgungsauftrages den erforderlichen Vielfaltsstandard gewährleisten. Die Wahrnehmung der klassischen Rundfunkfunktionen und kultureller Verantwortung und darauf aufbauend hohe Einschaltquoten seien eine gesellschaftlich erwünschte Leistung. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk könne bei der Ermittlung von Meinungseinfluß nicht mit dem privaten Sektor vergleichbar in die Messung einbezogen werden. Der private Bereich müsse in sich selbst ausgewogen sein und daher als einheitlicher und in sich abgeschlossener Markt gelten¹⁹⁵. Dafür wird das Bundesverfassungsgericht angeführt, wonach ein hoher Zuschaueranteil öffentlicher Programme kein Ausgleich für hohe Konzentrationsgrade im privaten Rundfunk sein

¹⁹³ Clausen-Muradian, ZUM 1996, 934 (944); Renck-Laufke, ZUM 2000, 105 (109)

¹⁹⁴ Jahresbericht der KEK 1998/1999, S. 83

¹⁹⁵ Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 491

darf¹⁹⁶. Doch beziehen sich diese Ausführungen des Gerichts lediglich auf die Notwendigkeit der Regulierung privater Rundfunkveranstaltung und nicht auf die Vergleichbarkeit der Programmarten bei der Bestimmung des Marktes. Wenn das Bundesverfassungsgericht hier von Ausgewogenheit im „Gesamtprogramm“¹⁹⁷ spricht, dann meint es das gesamte inländische Angebot von Fernsehsendungen und nicht lediglich den privaten Bereich.

Für die Zuschauer besteht zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Fernsehen eine funktionelle Austauschbarkeit. Je mehr sich die Verwendungszwecke der Produkte ähneln, desto eher gehören sie zu einem einheitlichen Markt¹⁹⁸. Eine Aufspaltung in Teilmärkte von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk wäre künstlich und entspräche nicht dem Nutzungsverhalten der Zuschauer. Es kommt ihnen bei der Bedürfnisbefriedigung nicht auf die Organisations- oder Finanzierungsform an. Nicht mehr Sender werden gewählt, sondern je nach Bedürfnis der Nachfrager Arten von Programmen. Es kann hier nicht darauf ankommen, ob zwischen beiden Veranstalterarten ein Wettbewerbsverhältnis besteht oder nicht. Nach dem Zweck der Rundfunkkontrolle ist ausschlaggebend, wie viele Zuschauer ein Veranstalter erreicht¹⁹⁹. Denn beide Anbieter wirken auf die Meinungsvielfalt ein und sind an der Meinungsbildung beteiligt. Aus der Perspektive des zu sichernden Rechtsguts der freien Meinungsbildung muß zunächst geklärt werden, durch welche Programmangebote sie beeinflußt wird, um schließlich den einzelnen Faktoren bestimmte Wirkungen zuschreiben zu können. Das verfassungsrechtlich vorgegebene Ziel der Rundfunkkontrolle besteht darin, Meinungspluralität im Fernsehen zu gewährleisten. Daher müssen auch alle beteiligten Anbieter von Meinungsinhalten berücksichtigt werden unabhängig davon, ob sie ausgeprägte inhaltliche Ausgewogenheit vermitteln sollen wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk oder nicht.

Ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept und dem Zweck der Rundfunkkontrolle ist für den öffentlich-rechtlichen Sektor kein eigener Teilmarkt zu bilden.

¹⁹⁶ BVerGE 57, 295 (324); 73, 118 (159); 83, 238 (297)

¹⁹⁷ BVerfGE 57, 295 (323)

¹⁹⁸ Emmerich, Kartellrecht, S. 234

¹⁹⁹ Stockmann/Zigelski, ZUM 1995, 537 (549)

Es bleibt bei dieser Sachlage jedoch das Problem eines sehr weit abgegrenzten Marktes. Dies kann möglicherweise die Notwendigkeit der Herabsetzung der Marktanteils Grenzen nach sich ziehen²⁰⁰. Denn bei der derzeitigen Aufteilung des Marktes kann die jetzige Regelung nicht wirksam in den Konzentrationsprozeß eingreifen.

c) Einbeziehung entgeltfinanzierten Rundfunks

Ein weiteres Problem stellt sich bezüglich der Einbeziehung des entgeltfinanzierten Rundfunks. Die wörtliche Auslegung („privater Rundfunk“) legt dessen Berücksichtigung nahe, wie sich auch aus § 2 Abs. 1 S. 2 RStV ergibt. Nach der dort vorgenommenen Begriffsbestimmung schließt Rundfunk entgeltfinanzierte Darbietungen (Pay-TV) ein.

Es wurde vorgeschlagen, Pay-TV einem weniger strikten Konzentrationsregime zu unterwerfen, da für dessen Inhalte andere Steuerungsimpulse als für werbefinanzierten Rundfunk maßgeblich wären²⁰¹. Ausschließlich werbefinanzierte Programme sind vorrangig gezwungen, sich den Bedürfnissen und Ansprüchen ihrer Auftraggeber zu unterwerfen. Beim Pay-TV besteht dagegen zwischen Anbietern und Nachfragern eine konkrete Austauschbeziehung. Der Konsument entscheidet bewußt darüber, ob er die angebotene Leistung gegen Entgelt annimmt. Angebote, die nicht seinen Erwartungen genügen, werden bei zukünftigem Fernsehverhalten entsprechend berücksichtigt werden und im Wettbewerb der Sender nicht bestehen. Es wurde daher dafür plädiert, den Pay-TV-Bereich wie die traditionellen Dienstleistungsmärkte (z. B. den Pressemarkt) nur dem allgemeinen Kartellrecht zu unterwerfen. Doch ausgehend vom Zuschauer als Nachfrager muß zwischen werbefinanziertem und Abonnentenfernsehen ein gewisser Grad an Substituierbarkeit anerkannt werden, denn die Wettbewerbssituation des Abonnentenfernsehens hängt direkt vom alternativen Programmangebot der frei zugänglichen Sender ab²⁰².

Auch beim entgeltfinanzierten Fernsehen handelt es sich um Rundfunk im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, der auf die Meinungsvielfalt

²⁰⁰ So auch Henle, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 75; Engel, ebd. S. 253

²⁰¹ Kübler, MP 1995, 48 (54); siehe auch Hesse, Rundfunkrecht, S. 282 m.w.N.

²⁰² Vgl. Frey, ZUM 1998, 985 (988)

einwirken kann. Ausschlaggebendes Kriterium zur Befürwortung seiner Einbeziehung in den Markt ist aber, daß nur finanzstarke Unternehmen in der Lage sind, die Mittel für die Vertriebsnetze und Verschlüsselungssysteme aufzubringen, die für die Veranstaltung von Pay-TV erforderlich sind. Der Verbund mit kommerziellem Fernsehen verspricht Kostenvorteile, denn das Programmmaterial kann mehrfach genutzt werden. Wären Pay-TV-Programme nicht in den Markt eingeschlossen, so würde die potentielle Medienmacht nicht berücksichtigt, die aus der Möglichkeit folgt, mehrere Programme anzubieten und die auch dann nicht zu vernachlässigen ist, wenn nicht alle Programme gleichermaßen meinungsrelevant sind²⁰³. Die Bedeutung des Pay-TV als eigenständiges Medium ist für den bundesdeutschen Zuschauerraum noch zu gering²⁰⁴, als daß dafür ein eigener (Teil-)Markt anzunehmen wäre. Entgeltfinanziertes Fernsehen muß daher in die Marktberechnung mit einfließen.

3. Zeitliches und räumliches Kriterium

In zeitlicher Hinsicht nimmt der Rundfunkstaatsvertrag eine Abgrenzung vor. Sie ist in § 27 Abs. 1 RStV - Bestimmung der Zuschaueranteile - geregelt. Für die Entscheidung ausschlaggebend sind die Zuschaueranteile, die bei Einleitung des Verfahrens in den letzten zwölf Monaten durchschnittlich erlangt wurden.

Ebenso festgelegt ist die räumliche Komponente des relevanten Marktes. § 26 Abs. 1 RStV spricht von bundesweit empfangbarem Fernsehen, unabhängig davon, ob es im Ausland oder in der Bundesrepublik Deutschland veranstaltet wird.

Hier stellt sich folgendes Problem: Regionale Programme, z. B. die der ARD, werden auch über Satellit verbreitet. Die Messung der bundesweiten Fernsehnutzung dürfte diese Programme nicht unberücksichtigt lassen, obwohl sie nicht national verbreitet sind²⁰⁵. Bei

²⁰³ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, E Rn. 56

²⁰⁴ KEK-Jahresbericht 1998/1999, S. 16f.

²⁰⁵ Die Anteile der dritten Programme der ARD sind auch nicht vernachlässigbar, denn sie hatten 1998 bundesweit eine Größenordnung von 12,8 %, vgl. Jahresbericht der KEK 1999, S. 83

bundesweiter Empfangbarkeit muß daher die Reichweitendefinition überdacht werden.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß die Basis für die Marktanteilsberechnung nach dem Grundtatbestand des § 26 Abs. 2 S. 1 RStV ein Fernsehmarkt ist, der sich aus gebühren-, werbe-, und entgeltfinanzierten Angeboten zusammensetzt. Es werden auch keine Unterschiede hinsichtlich der Verbreitungsart gemacht.

4. „Medienrelevante verwandte Märkte“

Neben der Abgrenzung des Marktes als Bezugsgröße für den Grundtatbestand des § 26 Abs. 2 S. 1 RStV ist die Bestimmung der in Satz 2 genannten medienrelevanten verwandten Märkte erforderlich. Zur näheren Bestimmung dieser Märkte nennt die amtliche Begründung zum Rundfunkstaatsvertrag als Indikatoren Werbung, Hörfunk, Presse, Rechte, Produktion²⁰⁶. Diese Aufzählung ist nicht auf Vollständigkeit angelegt, sondern beispielhaft formuliert²⁰⁷, weshalb nachfolgend untersucht werden soll, woran sich die Abgrenzung der Märkte ausrichten soll.

a) Auslegung des Begriffes

Der Begriff „medienrelevante verwandte Märkte“ ist als unbestimmter Rechtsbegriff auslegungsbedürftig. Bevor auf Abgrenzungsprobleme eingegangen wird, soll zunächst die Einbeziehung der ausdrücklich genannten Märkte Hörfunk, Presse, Rechte und Produktion erörtert werden, die weniger Probleme aufweist.

(1) Amtliche Begründung

Die amtliche Begründung hält die Einbeziehung des Transports von Inhalten durch den Hörfunk und cineastische Angebote in die

²⁰⁶ Amtliche Begründung zu § 26, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 26, S. 3

²⁰⁷ So auch Kreile/ Stumpf, MMR 1998, 192 (194)

Marktabgrenzung für erforderlich. Gleiches trifft auf die Presse wegen deren direkten Einflusses auf die Rezipienten zu. Die Einbeziehung dieser Medien wird der Tatsache gerecht, daß ein großer Teil der Bevölkerung täglich mehrere Mediengattungen nutzt. Die parallele Nutzung verschiedener Medien wirkt sich auf die individuelle Meinungsbildung aus²⁰⁸. Der Einwand, daß das Verlagswesen mit der Spezialisierung auf Printerzeugnisse, die sich nur an ein enger begrenztes Fachpublikum wenden, nicht mit einzubeziehen ist, da es auf ein breit angelegtes Publikum ankäme²⁰⁹, überzeugt nicht. Denn bei der Bestimmung des Marktes nach § 26 RStV wird auch nicht nach Allgemein- und Spartenprogrammen getrennt, sondern es gibt einen gemeinsamen Markt²¹⁰. Wenn dort schon nicht zwischen breitem Meinungsspektrum und speziellen Ausrichtungen unterschieden wird, so kann diese Unterscheidung auch hier nicht vorgenommen werden. Vielmehr wirkt jede Form von Inhalten auf die Meinungsbildung ein.

Des weiteren läßt die amtliche Begründung erkennen, daß bei der Beurteilung nach § 26 Abs. 2 S. 2 RStV vor allem die medienübergreifende Verflechtung und die von Programmproduzenten und Rechthändlern ausgehende vertikale Integration erfaßt werden soll. Die Einbeziehung dieser Märkte ist erforderlich und gerechtfertigt, denn sie birgt große Gefahren für die Vielfalt der Meinungsbildung²¹¹. Diese Regelung entspricht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts, das in seinem Urteil zur Kurzberichterstattung ausreichende Sicherungsvorkehrungen gegen Informationsmonopole gefordert hatte²¹² und in der DSF-Entscheidung auf die Gefahren der vertikalen Verflechtung hinwies²¹³. Bei Eintritt solcher Gefahren würde das von der Verfassung geforderte Zulassungssystem insoweit seine Wirkung verlieren, als die Programmentscheidungen letztlich nicht mehr von den Veranstaltern, sondern von den Programmmulieferern getroffen

²⁰⁸ Kaase, in: Zuschaueranteile, S. 18

²⁰⁹ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 26, S. 16

²¹⁰ Amtliche Begründung zu § 26, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 26, S. 2

²¹¹ BVerfGE 95, 163 (173); Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 218

²¹² BVerfGE 97, 228 (256)

²¹³ BVerfGE 95, 163 (173)

werden²¹⁴. So beginnt Meinungsmacht nicht erst bei der Ausstrahlung von Sendungen, sondern setzt bereits bei den vorgelagerten Märkten an und setzt sich auf nachgelagerten Märkten fort.

(2) Einflußerweiterung durch Cross-ownership

Weitere als die genannten medienrelevanten Märkte zu bestimmen, gestaltet sich indes schwieriger. Regelungsgegenstand des Rundfunkstaatsvertrages ist das Fernsehen. Es wird daher beanstandet, daß die Regelung vermeintlich den Anspruch erhebt, die gesamte Medienlandschaft ordnen zu wollen. Dazu würde den Ländern auch die erforderliche Kompetenz fehlen²¹⁵. Zwar verleiht Art. 73 Nr. 7 GG dem Bund die Zuständigkeit zur Regelung des Postwesens und der Telekommunikation. Ausgenommen ist dagegen die Produktion von Sendungen unter Einschluß des Bereichs der Studiotechnik²¹⁶. Medienrelevante Regelungsgebiete finden sich im Zuständigkeitskatalog in Art. 73 Nr. 9 GG für das Verlagsrecht, in Art. 74 Nr. 1 GG für das bürgerliche Recht und in Art. 75 I Nr. 2 GG für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse. Daraus läßt sich jedoch noch keine Zuständigkeit des Bundes für die hier geregelte Materie ableiten. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht dem Sachzusammenhang für diesen Regelungsbereich eine besondere Bedeutung zuerkannt und der Landesgesetzgebung bei Vorliegen eines solchen Zusammenhangs den Vorrang erteilt. Denn es ist zu berücksichtigen, daß es bei der Regelung des Fernmeldewesens durch den Bund auf die dem Sendebetrieb dienende Funktion ankomme, wohingegen den Ländern die inhaltliche Entscheidung über die Veranstaltung zukommt²¹⁷. Die Länder haben die Aufsicht über das gesamte Angebot der inländischen Programme in Bezug auf die Sicherung der Meinungsvielfalt²¹⁸.

Da sich der Vertrag mit dem Fernsehen beschäftigt, wurde vereinzelt gefordert, nur Märkte mit innerem Bezug zum Fernsehen

²¹⁴ Kübler, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 322

²¹⁵ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 26, S.15

²¹⁶ Maunz, in: Maunz./Dürig, Art. 73, Rn. 120

²¹⁷ BVerfGE 12, 205, 238

²¹⁸ Maunz, in: Maunz./Dürig, Art. 73, Rn. 121

einzu beziehen²¹⁹. Es solle auf Allgemeinzugänglichkeit und publizistische Relevanz ankommen. Damit würde das Anbieten verschiedener Medien- und Teledienstleistungen nicht erfaßt. Das betrifft solche Dienste, die keine Darbietungen sind oder nicht auf Massenkommunikation, sondern auf individuelle und interaktive Informationsnachfrage ausgerichtet sind²²⁰. Wenn jedoch tatsächlich ein innerer Bezug zum Fernsehen gefordert sein sollte, so würde Satz 2 das Fernsehen neben den anderen medienrelevanten Märkten nicht ausdrücklich genannt haben. Die Formulierung ist im Gegenteil allgemein gehalten und legt die Annahme nahe, daß gerade auch andere Medienbereiche, die nicht unmittelbar mit dem Fernsehen zu tun haben, bei der Beurteilung berücksichtigt werden sollten. Die Forderung von Fernsehbezug wurde damit begründet, daß der Vertrag nicht den Anspruch erheben kann, die gesamte Medienlandschaft ordnen zu wollen. Diese Begründung überzeugt indes nicht. Denn hier handelt es sich nicht um einen Eingriff in diese Märkte, sondern diese werden nur als Anzeichen gewertet für eine Marktbeherrschung vor dem Hintergrund des Schutzgutes. Stellte man nur auf den inneren Zusammenhang zum Fernsehen mit dessen Allgemeinzugänglichkeit ab, so würden die durch Verflechtungen zu erzielenden Synergieeffekte unterschätzt. Denn entscheidend ist, mit welchem Angebot der Veranstalter auf dem Markt auftritt. Gehören dazu neben den traditionellen auch neue audiovisuelle Produkte²²¹, so trägt dieses Gesamtangebot dazu bei, seine Marktmacht insgesamt zu begründen und seinen Einfluß auf die öffentliche Meinungsbildung zu stärken²²². Die Erfolgsaussichten eines Fernsehsenders hängen entscheidend vom Zugang zu den verschiedenen Kommunikationskanälen ab. Aufgrund der zukünftig größeren Anzahl der im digitalen Fernsehen angebotenen Programme ist es für einen

²¹⁹ Kreile/ Stumpf, MMR 1998, 192 (194) Neft, ZUM 1998, 458 (464)

²²⁰ Zur Abgrenzung vgl. Scholz, Multimedia : Zuständigkeit des Bundes oder der Länder?, In: Festschrift für Kreile, 1997, S. 523ff.; kritisch zur engen Auslegung des Merkmals „Darbietung“, die Angebote mit geringer Meinungsrelevanz nicht erfaßt Braml, Das Teleshopping und die Rundfunkfreiheit, S. 185

²²¹ Dazu zählen insbesondere die Abrufdienste, wie Internetanwendungen und video on demand, die Verteildienste wie pay-TV und Zugriffsdienste wie near video on demand. Hinzu kommen fernsehmäßige Datendienste, die Zusatzinformationen zum Programm bieten oder weitere Nutzungen anbieten, siehe Eberle, ZUM 1995, 249 (259)

²²² Knothe/Lebens, AfP 2000, 125 (129)

Programmveranstalter z. B. essentiell, in einem Benutzerführungssystem zur Orientierung für den Zuschauer verzeichnet zu sein, um von diesem wahrgenommen zu werden. Erscheint ein Veranstalter in einem solchen Programmführer mit einem Angebot verschiedener Teledienstleistungen, so stärken die Erfolge aus diesen Einzeldiensten zusammengenommen die Akzeptanz und Glaubwürdigkeit des Gesamtangebots²²³. Deshalb weiten die Veranstalter ihre Aktivitäten auch auf das Internet aus. Auch dort können die Konzentrationsentwicklungen allmählich zu vorherrschender Meinungsmacht führen. Die Gefahren für die Meinungsvielfalt, die durch neue Machtzusammenballungen zwischen Netzbetreibern und Inhalteanbietern führen, sind nicht zu verkennen²²⁴. Diese Verbindungen werden zum maßgeblichen Faktor für den Einfluß des Veranstalters auf die öffentliche Meinungsbildung. Es ist daher unerlässlich, auch den Markt für neue audiovisuelle Produkte bei der Gesamtbeurteilung nach § 26 Abs. 2 S. 2 RStV einzubeziehen. Denn es kommt darauf an, eine Angebotsvielfalt als Bedingung für einen freien Meinungsbildungsprozeß zu schaffen. Durch die Aktivität konglomerater Medienunternehmen auf einer Mehrzahl von Märkten mit teilweise marktbeherrschender Stellung wird dieser Prozeß behindert und nur die Meinungskonzentration gefördert²²⁵.

Die gleichen Überlegungen wie für administrative Dienstleistungen treffen auf das Anbieten von Vertriebsdienstleistungen für die technische Umsetzung der Programmausstrahlung und den Markt von Kabel- und Satellitenbetreibern zu²²⁶. Es kommt auch hier nicht auf Meinungsrelevanz sondern auf die möglichen Auswirkungen auf das Medium Fernsehen an. Entscheidend ist doch, daß es dem Fernsehveranstalter, der die notwendigen technischen Verfahren selbst einsetzt, erhebliche Synergievorteile verschafft, wodurch seine Marktmacht gestärkt wird. Auch wenn die Anbieter keine publizistischen Absichten verfolgen, sondern nur neutrale Vertriebswege bereitstellen wollen, so sind sie doch wegen der engen organisatorischen Bindung an die Veranstaltung von Fernsehen bei der medienrechtlichen

²²³ Eberle, ZUM 1995,249 (253)

²²⁴ Vgl. auch das Diskussionspapier der Landesmedienanstalten zur Reform der Medienordnung, in: epd medien Nr. 94 vom 25. Nov. 2000

²²⁵ Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 226

²²⁶ A.A. Kreile/ Stumpf, MMR 1998, 192 (194)

Konzentrationskontrolle im Interesse der freien Meinungsbildung zu berücksichtigen²²⁷.

Abgrenzungsprobleme wirft schließlich die Nennung von „Werbung“ in der amtlichen Begründung auf. Auch hier wurde angeregt, nur den Fernsehwerbemarkt einzubeziehen²²⁸. Dieser Vorschlag geht vermutlich zurück auf das Kartellrecht. Dort werden die Anzeigenmärkte der Zeitschriften, Zeitungen, von Hörfunk und Fernsehen grundsätzlich unterschieden. Doch wird auch dort zugestanden, daß es Substitutionswettbewerb zwischen Fernsehwerbung und der Werbung in Zeitungen und Zeitschriften gibt²²⁹. Es geht vorliegend auch nicht um Austauschbarkeit der Märkte, sondern nur um eben diesen Substitutionswettbewerb. Es kann auch hier nur noch einmal darauf verwiesen werden, daß es um Meinungseinfluß und dessen mögliche Verstärkung geht. Wenn ein Unternehmen auf verschiedene Werbemärkte - und dazu gehört neben den klassischen Werbemärkten auch der Werbemarkt im Internet - Einfluß hat, dann kann es diesen intensiv zur Verbesserung seines Bekanntheitsgrades nutzen und verstärkt eigene Produkte vermarkten. Denn die Medien wirken kumulativ. Wenn eine Botschaft über verschiedene Mediengattungen hinweg wiederholt wird, tritt ein Verstärkungseffekt ein²³⁰. Es darf daher nicht nur der Fernsehwerbemarkt Berücksichtigung finden, sondern es müssen auch jene im Hörfunk- und Printbereich und in den neuen Medien wie des Internets einbezogen werden, denn eine größere Reichweite stärkt das Gesamtangebot und damit den Markteinfluß.

(3) Digitales Fernsehen

Die soeben genannten medienrelevanten verwandten Märkte der administrativen und Vertriebsdienstleistungen sind besonders bedeutsam für die Veranstaltung digitalen Fernsehens. Dieser große Themenkomplex wird vom Rundfunkstaatsvertrag nur punktuell als Bestandteil der medienrelevanten Märkte und in §§ 52, 53 RStV geregelt,

²²⁷ So das BVerfG für den vergleichbaren Fall der Presse in E 77, 346, 354

²²⁸ Kreile/Stumpf, MMR 1998, 192 (194)

²²⁹ Paschke/Kersten, in: Frankfurter Kommentar zum GWB, § 22, Rn. 111

²³⁰ Noelle-Neumann, in: Massenkommunikation, S. 528

die sich mit der Gewährleistung diskriminierungsfreien Zugangs zum digitalen Fernsehen beschäftigen. Damit wird der Rundfunkstaatsvertrag der Bedeutung des digitalen Fernsehens in naher Zukunft jedoch nicht gerecht, wie ein Blick auf seine technische Funktionsweise verdeutlicht. Das digitale Fernsehen umfaßt drei technische Aspekte²³¹: Der Inhaber der Frequenz, auf der die Programmausstrahlung erfolgt, nimmt das Multiplexing (die Bündelung der Signale) vor. So wird der Programminhalt in eine digitale Sendeform gebracht. Ferner muß für das außerordentlich große Programmangebot ein Navigationssystem betrieben werden. Schließlich wird es vermehrt entgeltfinanzierte Programme geben, für die eine Zugangskontrolle eingerichtet wird. Wer über diese technischen Komponenten verfügt, hat die Schlüsselpositionen inne. Denjenigen, die daran nicht beteiligt sind, muß offener Zugang gewährt werden, um eine Vielzahl von Programmangeboten auch im digitalen Fernsehen aufrechtzuerhalten. Die Regelungen setzen erst bei der chancengleichen Aufteilung von Programmplätzen und dem Einrichten von offenen Schnittstellen an. Doch der faire Zugang zur grundlegenden Voraussetzung der Veranstaltung digitalen Fernsehens, zu den Frequenzen, wird nicht erwähnt und auch keiner Lizenzpflicht unterworfen. So können die Dienstleister so viele Multiplexe wie möglich belegen. Daran werden insbesondere die Veranstalter großes Interesse haben, um so in den Besitz vieler Vertriebswege gelangen. Dadurch besteht die Gefahr uniformer Information. Es ist als großes Manko einzustufen, daß es bisher im materiellen Konzentrationsrecht keine Regelung zur Begrenzung der Inhaberschaft von digitaler Infrastruktur gibt. Denn selbst wenn diskriminierungsfreier Zugang zu den Programmplätzen vorhanden ist, kann der Inhaber dieses Vertriebsweges, der viel mehr Möglichkeiten als das analoge Fernsehen bietet, die nachgelagerten Märkte stärker kontrollieren und so den publizistischen und ökonomischen Wettbewerb beeinflussen. Durch die Privatisierung auch der Übertragungswege steht eine weitere Einschränkung der Meinungsvielfalt zu befürchten, an deren Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit und für die Aufrechterhaltung der demokratischen Ordnung das Bundesverfassungsgericht keinen Zweifel gelassen hat²³². Dem Nutzer, der zugleich auch Bürger in der demokratischen Gesellschaft ist, muß die Möglichkeit sachgemäßer

²³¹ Siehe Holznagel, MMR 2000, 480 (483)

²³² In BVerfGE 95, 163 (172f.)

Auswahl aus einem vielfältigen Angebot offenstehen. Dazu gehört auch, daß er ein Basisangebot zumindest bezahlen kann²³³. Bei unbeschränkter Inhaberschaft von Multiplexen besteht aber die Gefahr einer Preisgestaltung, die dieses Zugangsrecht beschneidet. Dadurch beschränken die Inhaber von Kabelanlagen das Recht des Einzelnen, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu informieren, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Das digitale Fernsehen darf daher nicht lediglich über die medienrelevanten verwandten Märkte in die Berechnung des Marktanteils einfließen, sondern die Belegung der Multiplexe muß einer grundsätzlichen Beschränkung unterworfen werden.

b) Bestimmtheit und Meßbarkeit

Die vorstehende Auslegung ergab, daß die Grenzen der medienrelevanten verwandten Märkte weit gezogen werden müssen, um vorherrschende Meinungsmacht zu erkennen und schließlich zu verhindern. Dies ist die einzige zeitgemäße Betrachtungsweise, die die medientechnologische Entwicklung anerkennt. Die Medienangebote werden diversifizierter hinsichtlich der Produkte, der Verbreitungsformen und der Bezahlung. Doch auch eine weite Interpretation verlangt irgendwann nach einer Grenze, die der Rundfunkstaatsvertrag nicht erkennen läßt. Eine zu weite Abgrenzung führt zu unübersehbaren Marktverhältnissen, weswegen das Kartellrecht die Märkte eher enger abgrenzt. Die amtliche Begründung, die der Aufzählung der genannten Märkte nur Indizwirkung beimißt, bietet dafür jedoch keine Anhaltspunkte. Das Problem wird den Kontrollbehörden überlassen und um die Einbeziehung bestimmter Aktivitäten auf einzelnen Märkten wird vor Gericht gestritten²³⁴.

Selbst wenn bestimmte Märkte aufgezählt werden könnten, so ergäbe sich als nächstes Problem das der Meßbarkeit: Anhand welcher Maßstäbe soll eine marktbeherrschende Stellung auf den medienrelevanten

²³³ So die Forderung der KDLM in ihrem Diskussionspapier zur Reform der Medienordnung, in epd medien Nr. 94 vom 25. Nov. 2000

²³⁴ Vgl. Beschluß des VG Berlin (Az.:27 A 233.98), mit dem es einen Antrag eines Unternehmens der Kirch-Gruppe (Taurus-GmbH) auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zurückwies. Das Unternehmen wehrte sich damit gegen ein Auskunftersuchen, das Verbindungen zur Kirch-Gruppe ermitteln sollte.

verwandten Märkten festgestellt werden? Für die Presse mag die verkaufte Auflage der Zeitungen und Zeitschriften maßgeblich sein. Daß es damit unterschiedliche Meßverfahren für Rundfunk und Presse gibt, ist kein gravierender Nachteil, da im Fernsehen nicht die Reichweite einer einzelnen Sendung gemessen wird, sondern ein über das Jahr gemittelter Wert für das Gesamtprogramm eines Senders. Damit ist die Verkaufsauflage eines Presserzeugnisses hinreichend vergleichbar. Schwieriger ist jedoch die Bestimmung des Einflusses auf den Werbemärkten und auf neue audiovisuelle Produkte. Die Einschätzung des Markteinflusses könnte anhand der Umsätze erreicht werden²³⁵. Damit müßte auf das Werbemarktanteilsmodell zurückgegriffen werden, dem aber nicht die gleiche Aussagekraft über die Mediennutzung zukommt wie dem Zuschauermarktanteilsmodell.

Zusätzlich zu dem Problem der Meßbarkeit stellt sich jenes der Wertigkeit der einzelnen Märkte. Der Vertrag ist auf die Meinungsbildung durch den Rundfunk orientiert, dem aufgrund seiner Suggestivkraft und Breitenwirkung besondere Bedeutung zukommt, die den anderen Medien nicht eigen ist. Eine geringerwertige Meinungsrelevanz dieser Märkte müßte bei der Bewertung Berücksichtigung finden.

Mit dem Problem der Bestimmung der „medienrelevanten Märkte“ geht das der Bezifferung einer „geringfügigen Unterschreitung“ von 30 Prozent der Anteile einher. Auch ist fraglich, was unter einer „Gesamtbeurteilung“ zu verstehen sein soll. Denn vorherrschende Meinungsmacht wird gleichfalls bei einer geringfügigen Unterschreitung der 30-Prozent-Grenze vermutet, wenn ein Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten vergleichbaren Einfluß nahelegt.

²³⁵ Die Vergleichbarkeit von Online-Werbereinnahmen mit Einnahmen klassischer Werbeträger könnte durch die Einbeziehung aller Werbemittel und Werbehinweise auf Werbeträger-Websites gewährleistet werden. Möglich ist auch die Messung von Abrufen der Seiten. Die Messung der Online-Reichweiten wird seit Jahren von der IVW vorgenommen.

5. „Geringfügige Unterschreitung“

Wann der Wert von 30 Prozent der Zuschaueranteile als geringfügig unterschritten gilt, läßt sich nicht auf den ersten Blick konkret bestimmen, da der Rundfunkstaatsvertrag keine Aussage zu einer bestimmten Zahl trifft: Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dem Normanwender, der KEK (§ 36 Abs. 1 RStV), wächst hier ein Auslegungs- und Konkretisierungsmandat zu. Damit ergibt sich jedoch noch kein Raum für administrative Entscheidungsfreiheit, denn die durch Auslegung ermittelte Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffs ist der unbeschränkten Kontrolle durch die Gerichte zugänglich, da nur eine Lösung richtig und damit rechtmäßig sein kann²³⁶.

Zur Ermittlung eines Wertes werden nun die klassischen Auslegungskriterien zu Rate gezogen.

a) Wortsinn

Ausgangspunkt und zugleich Grenze der Auslegung bildet die Bedeutung des Wortes „geringfügig“.

Weder der Rundfunkstaatsvertrag noch seine amtliche Begründung geben Aufschluß darüber, wann die Geringfügigkeitsgrenze erreicht ist. Daß dies nicht geschehen ist, bietet Anlaß zu der Annahme, daß ein bestimmter Wert nicht festgelegt werden sollte, um die Flexibilität dieser Regelung zu gewährleisten²³⁷. Die Bedeutung von „Geringfügigkeit“ legt nahe, daß es sich nur um ganz wenige Prozentpunkte handeln kann; bei einem Gesamtwert von 30 Prozent kann die Unterschreitung daher etwa 2 bis 2,5 % betragen.

Um diese erste Annahme zu untermauern, muß jedoch des weiteren ein Blick auf den systematischen Zusammenhang geworfen werden.

²³⁶ Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 171

²³⁷ So auch Kuch, ZUM 1997, 12 (15)

b) Systematischer Zusammenhang

Die systematische Auslegungsmethode lenkt den Blick auf verwandte Rechtsmaterien, an die die Regelung angelehnt sein könnte. Dabei fällt die Aufmerksamkeit wiederum auf das Wettbewerbsrecht. Grundsätzlich wird nach § 19 Abs. 3 S. 1 GWB eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von einem Drittel vermutet. Nach dem Wortlaut der zur Zeit des Abschlusses des Rundfunkstaatsvertrages geltenden Fassung des GWB wurde eine überragende Marktstellung von Unternehmen nach einem Zusammenschluß jedoch schon ab einem Marktanteil von 5 % angenommen (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 GWB a. F.). Ein Anteil von 5 % am Gesamtmarkt wurde dort als geringstes Aufgreifkriterium für Rechtsfolgen bestimmt. Für den ähnlich gelagerten Meinungswettbewerb kann daher festgehalten werden, daß die Geringfügigkeitsmarge nicht mehr als 5 % betragen sollte.

Vor allem jedoch wird hier nach der Stellung der Vorschrift im Gesetz gefragt: Hat die Bestimmung Regel- oder Ausnahmecharakter? Um zu vermeiden, daß durch einen allzu weiten Anwendungsbereich der Ausnahmegvorschrift die Regelungsabsicht des Gesetzgebers ins Gegenteil verkehrt wird, ist diese eng auszulegen²³⁸. § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV stellt die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht bei Erreichen der 30-Prozent-Schwelle auf. Davon weicht Satz 2 ab, indem er diese Vermutungswirkung auch schon bei geringfügiger Unterschreitung des 30-Prozent-Anteils anordnet. Dadurch wird er zur Ausnahmegvorschrift von der Grundregel des Satzes 1. Das Merkmal der Geringfügigkeit ist daher nicht zu ausufernd zu interpretieren. Wollte man dem oben Gesagten folgen, so würde die Grenze zur gleichartigen Vermutungswirkung bei 25 % liegen. Dem widerspricht hingegen das Erfordernis enger Auslegung des Merkmals „Geringfügigkeit“.

Was in der Intention des Gesetzes liegt, läßt sich anhand der Entstehungsgeschichte des Rundfunkstaatsvertrages nachvollziehen.

c) Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte des Rundfunkstaatsvertrages gibt Aufschluß darüber, daß eine Geringfügigkeitsmarge von etwa 5 % gerade nicht

²³⁸ Larenz, Methodenlehre, S. 244

gewollt war. Die Verhandlungen zwischen SPD- und CDU-geführten Ländern um einen als Aufgreif- und Vermutungskriterium konzipierten Schwellenwert für die Annahme vorherrschender Meinungsmacht waren zeitweise vom Scheitern bedroht. Ein Grenzwert von 25 % wurde abgelehnt. Man einigte sich schließlich auf eine Obergrenze von 30 %²³⁹. Würde die Geringfügigkeitsgrenze tendenziell großzügig ausgeweitet, so könnte dadurch das verabredete Limit wieder abgeschwächt werden und man käme zwangsläufig an die in den Verhandlungen abgelehnte Schwelle von etwa 25 % heran. Der Grenzwert von 30 % muß eine feste Orientierungsgröße bleiben. Die Geringfügigkeitsmarge kann daher nicht - wie in Anlehnung an das allgemeine Wettbewerbsrecht naheliegen würde - mit 5 % beziffert werden. Der Wert muß folglich darunter liegen.

Andererseits hätte der Gesetzgeber, wenn er eine feste Grenze gewollt oder einen bestimmten Wert nicht gewollt hätte, diesen auch zum Ausdruck bringen können.

d) Sinn und Zweck der Regelung

Um die Spanne der Geringfügigkeit weiter einzugrenzen, sollte schließlich nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung gefragt werden. Welche Ziele sollen mit dieser Einzelbestimmung im Zusammenhang der Rechtssätze verfolgt werden? Sie befindet sich im zweiten Unterabschnitt zur Sicherung der Meinungsvielfalt und ist daher unter diesem Gesichtspunkt zu erörtern. Da das Gesetz die geringfügige Unterschreitung nicht konkret beziffert, ist anzunehmen, daß damit der starre Grenzwert von 30 % im Interesse der Meinungsvielfalt einen flexiblen Ausgleich erfahren sollte.

Die Auslegungsproblematik erstreckt sich nicht isoliert auf die Bezifferung der geringfügigen Unterschreitung. Die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten ist der Auffassung, daß sich auch im Falle einer „geringfügigen Unterschreitung“ die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht lediglich am Vermutungstatbestand des § 26 Abs. 1 RStV orientieren kann. Interdependenzen und Wechselwirkungen mit anderen Interessenlagen des betroffenen

²³⁹ Entstehungsgeschichte, in Ring: Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, C-0.3, Rn. 109ff.

Unternehmens müßten bei der Ermittlung der Geringfügigkeitsschwelle unberücksichtigt bleiben.²⁴⁰ Das hieße jedoch, das Gesetz unangewendet zu lassen. Denn dieses schreibt vor, daß das gleiche bei einer geringfügigen Unterschreitung gilt, „sofern“ das Unternehmen auf einem medienrelevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat. Voraussetzung für die Überprüfung anderer Aktivitäten des Unternehmens ist, daß die 30-Prozent-Grenze nicht überschritten ist. Der ermittelte Wert kann jedoch nicht unter das Tatbestandsmerkmal „geringfügig Unterschreitung“ subsumiert werden, wenn nicht zuvor untersucht wird, ob das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten Markt inne hat. Erst dann und in einer Wechselwirkung mit der damit verbundenen Einschätzung setzt die Feststellung der „geringfügigen Unterschreitung“ ein. Die quantitativen Meßdaten sind in Beziehung zu den qualitativen strukturellen Eigenschaften des betroffenen Veranstalters zu setzen, die seine Stellung im Fernsehbereich und auf den medienrelevanten verwandten Märkten kennzeichnen. Das Ziel der Regelung ist es, multimediale Meinungsmacht zu verhindern und dabei die Gegebenheiten der Massenkommunikation einzubeziehen. Dementsprechend wird ein Unterschreiten der 30-Prozent-Grenze eher als geringfügig einzuschätzen sein, wenn der Zuschaueranteil dieses Unternehmens verglichen mit anderen Unternehmen überragend ist. Umgekehrt liegen kleinere Unterschreitungen außerhalb einer geringfügigen Toleranzabweichung, wenn der dem Zuschaueranteil zugeschriebene Einfluß auf die Meinungsvielfalt durch Programme anderer vergleichbar einflußreicher Veranstalter auf den Medienmärkten aufgewogen werden kann.²⁴¹ Die Bestimmung der Geringfügigkeitsschwelle ist an die Verhältnisse des jeweiligen Veranstalters geknüpft. Bei der Entscheidung, ob vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, sind seine Gesamtaktivitäten zu berücksichtigen und auch die Tendenz in der Entwicklung der erreichten Zuschaueranteile. Der quantitative ist nicht der einzige Aspekt bei der Sicherung der Meinungsvielfalt. Auch ist die Berücksichtigung zu erwartender Entwicklungen in den Fällen unabweislich, in denen lediglich über die Neuzulassung von Programmen entschieden werden muß. Hier ist eine vorausschauende Betrachtung der Entwicklung unerläßlich. Denn nach § 26 Abs. 1 RStV ist zu beurteilen, ob ein

²⁴⁰ Beschluß der KDLM, in: ZUM 1998, 1054 (1057)

²⁴¹ Jahresbericht der KEK 1997/98, S. 25

Veranstalter im Falle der Neuzulassung von Programmen „dadurch“ vorherrschende Meinungsmacht erlangt.²⁴² Allein auf die erreichten Zuschaueranteile abzustellen, widerspräche dem Charakter von § 26 Abs. 2 RStV als einem bloßen Vermutungstatbestand.

e) Ergebnis der Auslegung

Die Untersuchung hat keinen konkreten Wert ergeben. Daher muß an dieser Stelle die Frage nach der rechtsstaatlichen Bestimmtheit gestellt werden. Von den betroffenen Unternehmen ist ein von mehreren wechselnden Abhängigkeiten bestimmter Wert nicht kalkulierbar. Das ist jedoch im Verwaltungsrecht nichts Ungewöhnliches. Der Verwaltung wird, etwa im Zusammenhang mit naturwissenschaftlich-technischen Problemen, das Recht zu Bandbreitenentscheidungen gegeben, wenn Erkenntnisprobleme bestehen²⁴³.

6. „Gesamtbeurteilung“

§ 26 Abs. 2 S. 2 RStV enthält eine zweite Variante. Danach prüft die KEK nicht eine marktbeherrschende Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt, sondern kann vorherrschende Meinungsmacht auch feststellen, wenn eine Gesamtbetrachtung der Aktivitäten des Unternehmens auf medienrelevanten Märkten dazu führt, daß seine Stellung einem Zuschaueranteil von 30 % entspreche (Entsprechensklausel).

Es fehlt indes an Maßstäben zur Beurteilung einer dem 30-Prozent-Anteil vergleichbaren Stellung. Woran sich die Gesamtbeurteilung orientieren sollte, läßt sich anhand des Rundfunkstaatsvertrages nicht ermitteln. Die Entsprechensklausel wirft wegen fehlender Anhaltspunkte für die Konkretisierung in rechtsstaatlicher Hinsicht Bedenken auf²⁴⁴. Die Konkretisierungsaufgabe wurde auf die KEK übertragen. Damit wird sich für sie hier die hauptsächliche Prüfungstätigkeit ergeben, da das Zuschauermarktanteilsmodell oberhalb der 30-Prozent-Grenze kaum Anwendung finden wird, weil eine Überschreitung des Limits durch die

²⁴² Jahresbericht der KEK 1999, S. 70

²⁴³ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40, Rn. 117

²⁴⁴ So auch Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, E Rn. 57 b

großen beherrschenden Unternehmen nicht absehbar ist²⁴⁵. Die eine „Gesamtbeurteilung“ vorschreibende Auffangklausel führt zur Unübersichtlichkeit der gesetzlichen Regelung. Sollte sie zur Anwendung kommen, ist es zweifelhaft, ob sie im Streitfalle einer gerichtlichen Überprüfung standhält. Sie ist gleichwohl nicht überflüssig. Denn die Entwicklungen auf den Medienmärkten lassen sich nicht vorhersehen und mit den klassischen Tatbeständen kann darauf schwer reagiert werden. Das Rundfunkmodell muß die Konzentrationstendenzen frühzeitig erkennen und vorbeugend kontrollieren²⁴⁶, wozu ein solcher Tatbestand erforderlich ist. Doch ist die vorliegende Ausgestaltung nicht zu befürworten.

Beide Varianten des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV sind an Art. 5 Abs. 1 GG zu messen. Daher ist die Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung unerlässlich, indem es nicht lediglich auf die quantitativen Meßdaten, sondern auch auf die Wirkungen der unternehmerischen Tätigkeit der Rundfunkveranstalter auf anderen Märkten ankommt. Diese Wechselwirkung versucht § 26 Abs. 2 S. 2 RStV aufzugreifen, indem er die Frage nach den Aktivitäten des Veranstalters auf medienrelevanten verwandten Märkten stellt.

Es bleibt jedoch ungeklärt, wie ein auf medienrelevanten verwandten Märkten erzielter Meinungseinfluß zu quantifizieren ist. Der Prüfungsumfang muß aber geklärt sein. Denn die Rundfunkunternehmen haben zwar keinen subjektiven Anspruch auf Zulassung, so aber einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung²⁴⁷ bei Anträgen auf Zulassung bzw. Verlängerung der Zulassung. Die Überprüfung auf Fehler kann aber nur dann erfolgen, wenn der Maßstab hinreichend bestimmt ist. Der im Gesetz zum Ausdruck gebrachte Begriff darf nicht dermaßen unbestimmt sein, daß nicht mehr erkennbar ist, was darunter subsumiert werden kann. Inhalt und Ausmaß der Eingriffsermächtigung müssen geregelt sein²⁴⁸. Dabei ist zwar auf den systematischen Gesetzeskontext abzustellen und es kann nicht die Regelung jedes

²⁴⁵ Stock, JZ 1997, 583 (592)

²⁴⁶ BVerfGE 57, 295 (327); 73, 118 (172f.)

²⁴⁷ Ermessen i. S. v. „kognitivem“ oder Tatbestandsermessen bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen, vgl. Wolff/Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht I, § 31, Rn. 15

²⁴⁸ BVerfGE 21, 73 (79)

Details gefordert werden, doch muß das Gesetz einen Mindestinhalt aufweisen²⁴⁹. Mit der Orientierung des Rundfunkstaatsvertrages auf die freie Meinungsbildung läßt sich die Regelung zwar einordnen, doch ist die Handlungsermächtigung an die Behörde sehr vage gefaßt. Wegen der oben aufgezeigten Defizite ist eine konkrete Handlungsanweisung zu vermissen. Die Regelung genügt daher nicht den Grundsätzen des Bestimmtheitsgebotes.

IV. Zwischenergebnis

Verglichen mit den anderen Modellen anhand der oben²⁵⁰ genannten Bewertungskriterien für eine effektive Vielfaltskontrolle hat das Zuschauermarktanteilsmodell zunächst entscheidende Vorteile. Es erfaßt die hinsichtlich des Schutzzwecks allein maßgebliche Größe: Wahlen, Abstimmungen und sonstige politische Entscheidungen kann nur derjenige einseitig beeinflussen, der auf durch das Massenmedium verbreitete Inhalte einwirken bzw. das Medium kontrollieren kann²⁵¹. Inwiefern sich dieser Einfluß beim Rezipienten auswirkt, gibt der Anteil an der Zeit, in der dieses Programm gesehen wird, am besten wieder. In einem quantitativen Vergleich mit anderen Inhalteanbietern auf dem Rundfunkmarkt ergibt sich, ob der Meinungsmarkt beherrscht wird oder nicht. Die Zuschauereinschaltquote entspricht damit am besten der entscheidenden Zielgröße und spiegelt die Mediennutzung wider²⁵².

Hier ist jedoch ein grundsätzlicher Einwand angebracht. Es gibt keinen direkt nachweisbaren Zusammenhang zwischen der Mediennutzung und der Meinungsbildung. Aussagen über das für die Meinungsbildung erforderliche Vorhandensein von Meinungsvielfalt sind eher von einer Inhaltsanalyse der Programmangebote zu erwarten. Die Festsetzung einer höchstzulässigen Grenze von Zuschaueranteilen bei einem bestimmten Wert ist eine Fiktion. Ein Durchschnittswert wird der Vielfältigkeit des Zuschauerverhaltens nicht gerecht. Denn nicht alle Zuschauer tragen zu den gemessenen Anteilen gleichermaßen bei, da die Programm- und Veranstalterzuwendung unter ihnen nicht gleich verteilt ist, um durch

²⁴⁹ Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Rn. 270

²⁵⁰ § 3 I 1

²⁵¹ Engel, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S.232

²⁵² Stockmann/Zigelski, ZUM 1995, 537 (549)

einen Mittelwert wiedergegeben zu werden. Bei einem Anteil von 30 Prozent ist die Grenze sehr hoch angesetzt²⁵³. Da diese Regelung die bestehende Konzentration nicht tangiert²⁵⁴, kommt ihr nur symbolische Bedeutung zu²⁵⁵, denn eine Überschreitung des Limits durch die dominierenden Unternehmen ist nicht absehbar²⁵⁶. Die Anteilsbeschränkung auf 30 vom Hundert gestattet es nur wenigen großen Veranstaltergruppen, auf dem Fernsehmarkt präsent zu sein und ihre Anteile zu halten. Derzeit wird der Markt nur von den beiden sich gegenüber stehenden Anbietern KirchGruppe und Bertelsmann beherrscht. Die Zugangsschwelle für neue Anbieter ist daher sehr hoch, was vor allem durch die vertikale Integration dieser beiden Gruppen verursacht wird²⁵⁷. Der durch die derzeit geltende Regelung mögliche Grad an Konzentration ist zwar nicht als verfassungswidrig einzustufen, doch sind demgegenüber erhebliche Vorbehalte anzumelden. Dennoch hat sich die Politik dafür entschieden, Medienwirkung im Fernsehen anhand der Zuschaueranteile zu messen und vorherrschende Meinungsmacht verbindlich auf dieser Grundlage festzustellen. Und bei grundsätzlicher Befürwortung des Zuschauermarktanteilsmodells muß letztlich eine bestimmte Grenze festgelegt werden²⁵⁸.

Die Senkung der Grenze auf z. B. 20 Prozent würde eine zahlenmäßig größere Vielfalt gestatten. Eine solche Vorgehensweise ist möglicherweise nicht durchsetzbar und es ist auch nicht sicher, ob davon eine größere inhaltliche Vielfalt zu erwarten ist. Effektive Wirkungsweise des Zuschauermarktanteilsmodells im Grundtatbestand des § 26 Abs. 2 S. 1 RStV vorausgesetzt, können jedoch auch bei Beibehaltung der 30-Prozent-Schwelle wirkungsvolle Ergebnisse erzielt werden. Dazu gehört zwar die Bestätigung des Bestehenden, doch muß dafür Sorge getragen werden, daß die weitere Konzentration begrenzt wird, was auch und vor allem vom Bundesverfassungsgericht gefordert

²⁵³ Renck-Laufke, ZUM 2000, 105 (108); Kaase, in: Zuschaueranteile, S. 44; In Großbritannien z. B. liegt die Grenze bei nur 15 %.

²⁵⁴ Die Kirch-Gruppe hält 27,5 % und CLT-Ufa 27,3 % der Anteile am bundesdeutschen Fernsehmarkt, vgl. KEK-Jahresbericht 1998/1999, S. 83

²⁵⁵ Kübler, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 311

²⁵⁶ Stock, JZ 1997, 592

²⁵⁷ Monopolkommission, Auszüge aus dem Hauptgutachten 1998 und 1999, in: epd medien, Nr. 59, 26. Juli 2000

²⁵⁸ So auch Holzer, in: ZUM 1995, 577 (587)

wird²⁵⁹. Die Tendenz zu weiterer Konzentration ist vor allem auf den medienübergreifenden Märkten zu verzeichnen. Die bisherige Regelung des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV zur Cross-ownership muß modifiziert werden. Wegen der Unsicherheiten bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe „medienrelevante verwandte Märkte“ und „geringfügige Unterschreitung“ sollte dieser Ansatz aufgegeben werden. Der Bedeutung dieser Konzentrationsentwicklung wird nur eine Regelung gerecht, die die Beteiligungen der Rundfunkveranstalter auf den medienrelevanten Märkten bereits im Grundtatbestand in die Anteilsberechnung mit einfließen läßt, indem die Präsenz der Unternehmen auf den Märkten des Hörfunks, der Presse oder der technischen Voraussetzungen des digitalen Fernsehens Beschränkungen unterworfen wird.

Voraussetzung für eine richtige Funktionsweise des Modells ist der korrekte Ablauf des Meßverfahrens. Dazu muß geklärt werden, wie der Einfluß der verschiedenen Medien gemessen werden soll, um zu vergleichbaren Sachverhalten zu gelangen. Mit dem Zuschauermarktanteilsmodell können nicht alle Fragen beantwortet werden, die die Messung der Marktmacht auf den verschiedenen Märkten betrifft.

Darüber hinaus ist die Modifizierung der Entsprechensklausel erforderlich, deren Handlungsanweisung („Gesamtbeurteilung“) keine konkreten Vorgaben an die Kontrollbehörden entnommen werden können. Da insbesondere das digitale Fernsehen an Bedeutung gewinnt, ist eine Zugangskontrolle der Anbieter digitaler Rundfunkpakete unentbehrlich, die bis jetzt zu vermissen ist.

Die vorstehenden Erörterungen bezogen sich auf die Funktionsweise des Zuschauermarktanteilsmodells und den Rahmen seiner Anwendung. Die Marktabgrenzung bildet die Grundlage für die Messung der Zuschaueranteile. Die Messung der Anteile ist wiederum Voraussetzung für eine Rundfunkkontrolle nach dem Zuschauermarktanteilsmodell. Organisations- und verfahrensrechtliche Fragen dieser Kontrolle sind Thema des folgenden Kapitels.

²⁵⁹ BVerfGE 57, 295 (323)

§ 4 Verfahrensrechtliche Fragen der Konzentrationskontrolle im Rundfunk

I. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Zugleich mit der Einführung des Zuschauermarktanteilsmodells sind in den Rundfunkstaatsvertrag von 1996 neue Verfahrensregelungen aufgenommen worden, die bei nachfolgenden Änderungen beibehalten wurden. Das neue Regelwerk kann als Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrachtet werden. In seinem Gebührenurteil²⁶⁰ hatte es gefordert, für die Zulassung privater Rundfunkveranstalter eine Verfahrensregelung bereitzustellen, die den Einfluß sachfremder Erwägungen der Genehmigungsbehörde ausschließt. Diese Position verdeutlichte das Gericht in seiner Extra-Radio-Entscheidung, indem es sowohl für bereits zugelassene Rundfunkveranstalter als auch für Bewerber einen Grundrechtsbeachtungsanspruch anerkannte, der sie in der jeweiligen Situation sichern soll. Diesem Anspruch muß durch Auswahl- bzw. Zulassungsregeln Geltung verschafft werden, um die Rundfunkfreiheit gegen Einflüsse durch den Staat wirksam zu sichern²⁶¹. Doch sind nicht nur die Interessen der Veranstalter betroffen. Da der Charakter der Rundfunkfreiheit über den eines Abwehrrechts hinausgeht, wirkt prozeduraler Grundrechtsschutz nicht lediglich gegenüber dem Staat, sondern wird durch den Staat gewährt²⁶². Es bedarf eines staatlichen Verfahrens, das einen Ausgleich der widerstreitenden Schutzgüter herbeiführt. Organisations- und Verfahrensbestimmungen sind notwendig zur Regulierung staatsfreier Beziehungen zwischen verschiedenen Grundrechtsträgern, weil der grundrechtlich geschützte Lebensbereich ansonsten vom Leerlauf bedroht wäre²⁶³. Dies trifft besonders für das Recht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu. Die Sicherung eines Grundrechts kann sich auf verschiedene Beteiligte unterschiedlich auswirken: Was die einen als Verbesserung ihres Freiheitsgebrauchs empfinden, können andere als Einschränkung des Freiheitsgebrauchs

²⁶⁰ BVerfGE 90, 60

²⁶¹ BVerfG, ZUM 1998, 306 (310)

²⁶² Stern, Staatsrecht III/ 1, § 69, V 7 für den prozeduralen Grundrechtsschutz im allgemeinen

²⁶³ Bethge, NJW 1982, 1 (3); Lerche, in: Handbuch des Staatsrechts V, § 121, Rn. 1

sehen. Die Rundfunkveranstalter sind zwar Träger des Grundrechts und genießen insoweit Grundrechtsschutz. Doch wegen der dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit wird gerade kein Anspruch auf freie Selbstverwirklichung gewährt. Der Freiheitsgebrauch unterliegt nicht der individuellen Verantwortung, sondern dient der Meinungsvielfalt und insoweit der Meinungsbildung der Allgemeinheit²⁶⁴. Dadurch ist das Ziel determiniert, doch liefert das Grundrecht keine konkrete Handlungsanweisung für das Erreichen des Ziels. Deshalb spielen staatlich verantwortete Organisations- und Verfahrensordnungen eine dominierende Rolle. Das Grundrecht übt folglich Wirkung in zweierlei Hinsicht aus: Es gestaltet das materielle Recht aus und setzt Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Verfahrensgestaltung²⁶⁵.

II. Charakter der Aufsicht über private Rundfunkveranstalter

In seinem ersten Fernsehurteil erkannte das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit privaten Fernsehens an. Privater Rundfunk darf danach nur auf gesetzlicher Grundlage und nur unter Aufsicht veranstaltet werden. Diese sollte nach damaliger Vorstellung des Gerichts ähnlich der Staatsaufsicht für Banken und Versicherungen ausgestaltet sein²⁶⁶. Dadurch wurde eine erste Einordnung der Kontrollinstanz, der zukünftigen Landesmedienanstalten, vorgenommen.

Das Ausüben von Aufsicht im allgemeinen ist das Beobachten von Personen oder Vorgängen einschließlich der Möglichkeit bzw. Verpflichtung zum Eingreifen mit dem Ziel, einen an einem bestimmten Maßstab orientierten Zustand herzustellen²⁶⁷. Auf dem privaten Rundfunksektor überwachen die Landesmedienanstalten die Rundfunkunternehmen mit dem Ziel, Vielfalt herzustellen bzw. zu sichern²⁶⁸. Über dieses Merkmal hinaus könnte ein Näheverhältnis zur

²⁶⁴ Vgl. oben § 2

²⁶⁵ So die Essenz des Mühlheim-Kärlich-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, in: E 53, 30 und des Sondervotums auf S. 71ff.

²⁶⁶ BVerfGE 12, 205 (261)

²⁶⁷ Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 6, m. w. N.

²⁶⁸ Über den Bereich der Konzentrationskontrolle hinaus ist die Rundfunkaufsicht tätig auf dem Gebiet der Werberichtlinien und der Programmkontrolle, vgl. Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 119

Bankenaufsicht bestehen. Die Bankenaufsicht ist Teil der Wirtschaftsaufsicht. Die Wirtschaftsaufsicht ist gekennzeichnet durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis, in dem der Beaufsichtigende das Recht zur Überwachung und zur Einwirkung hat²⁶⁹. Um ein Näheverhältnis zur Privatfunkaufsicht feststellen zu können, muß die Eigenart der Wirtschaftsaufsicht kurz beschrieben werden. Sie ist gekennzeichnet durch Beobachtung und Beeinflussung selbständiger Wirtschaftssubjekte. Das Recht der Wirtschaftsaufsicht ist dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zugeordnet, durch welches der Staat mit den Zielen der Gefahrenabwehr, der Lenkung und der Förderung auf den wirtschaftlichen Prozeß ordnend und gestaltend einwirkt²⁷⁰, also die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft erhalten will. Es will die Strukturen eines Wirtschaftszweiges sichern, um die Freiheitsrechte der Unternehmen und der Bürger gleichermaßen zu berücksichtigen. Solche Sicherungsvorkehrungen sind nötig, um den freiheitlichen Sozialstaat in seinen Grundmustern zu erhalten, der sonst von einem ökonomischen Ungleichgewicht gefährdet wäre²⁷¹. Denn sein Ziel ist es, für jedermann die Voraussetzungen der Freiheitsgrundrechte zu schaffen und auszubauen. Dem läßt sich für die Rundfunkaufsicht Vergleichbares entnehmen: Das Recht aus Art. 5 Abs. 1 GG will für jeden Beteiligten am Kommunikationsprozeß die gleichen Voraussetzungen schaffen. Auch im Rundfunkbereich kommt es darauf an, die Belange aller Rundfunkteilnehmer zu schützen, um Kommunikation zu ermöglichen. Ähnlich wie die Geldinstitute beim Vorbild der Bankenaufsicht sind auch die Rundfunkanbieter außerordentliche Vertrauensträger hinsichtlich der von ihnen vermittelten Inhalte²⁷². Es handelt sich auch bei der medienrechtlichen Kontrolle um eine Kontrolle privater, selbständiger Unternehmer, die nach wirtschaftlichen Grundsätzen arbeiten. Um die Funktionsfähigkeit des Rundfunks zu sichern, sollen bestimmte Strukturen der Anbieterzusammensetzung gewährleistet werden. Diese Tatsache aber ist, obwohl der private Rundfunk ohne Zweifel ein starker Wirtschaftsfaktor ist, nicht wirtschaftlich motiviert, sondern dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip geschuldet. Vorrangiges Ziel der Landesmedienanstalten bei ihren Entscheidungen, insbesondere bei

²⁶⁹ Humm, Bankenaufsicht und Währungssicherung, S. 40

²⁷⁰ Ebd., S. 41

²⁷¹ Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 43

²⁷² Vgl. oben § 2 IV; Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 117

Zulassungsentscheidungen, ist die Förderung der Meinungsvielfalt²⁷³. Der Schutzzweck der Privatfunkaufsicht geht aufgrund seiner Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung über den wirtschaftlichen Aspekt hinaus²⁷⁴. Daher unterscheidet sich das materielle Aufsichtsrecht, der sogenannte Aufsichtsmaßstab²⁷⁵, von der Wirtschaftsaufsicht, indem es nicht ausschließlich an der Funktionsfähigkeit des Rundfunkwesens orientiert ist. Denn das Bundesverfassungsgericht lehnt eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Konsistenz der Strukturmodelle ab²⁷⁶. Die Ausprägung der Strukturen des Rundfunkwesens ist als nicht zwingend anzusehen. Das Anliegen, diese Strukturen zu erhalten, ist nachrangig. Sie sind nur ein Mittel, um die Meinungsvielfalt aufrechtzuerhalten.

Dennoch lassen sich das formelle Aufsichtsrecht, also die Aufsichtsmittel betreffend Parallelen zwischen Privatfunk- und Wirtschaftsaufsicht ziehen. Das formelle Aufsichtsrecht, das den Aufsichtsbehörden das notwendige Instrumentarium zur Erfüllung ihrer Aufgaben verleiht, umfaßt wie bei der Wirtschaftsaufsicht die Bereiche der Überwachungsmittel und der Eingriffsmittel. Die Rundfunkaufsicht und die Unternehmen befinden sich im Über-/Unterordnungsverhältnis, denn die Veranstaltung von Rundfunk ist nur möglich mit einer zuvor zu beantragenden Genehmigung. Die Wirtschaftsaufsicht kann als eine speziell ausgeformte Rechtsaufsicht bezeichnet werden²⁷⁷, was auch auf die medienspezifische Aufsicht zutrifft²⁷⁸. Denn gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 überwachen die Landesmedienanstalten die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, womit Zweckmäßigkeitserwägungen nicht Gegenstand der Kontrolle sind. Dieser Wortlaut ist vergleichbar dem des Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG („Aufsicht über Ausführung der Gesetze gemäß dem geltenden Recht“), der ebenfalls die Rechtsaufsicht meint²⁷⁹.

Eine Einordnung des Instrumentariums der Kontrollbehörden soll nachfolgend vorgenommen werden. Zuvor erfolgt eine kurze Darstellung der Organisationsstruktur der Aufsichtsinstanzen.

²⁷³ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 20, S. 11

²⁷⁴ Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 117

²⁷⁵ Humm, Bankenaufsicht, S. 39

²⁷⁶ BVerfGE 83, 238

²⁷⁷ Ebd., S. 41

²⁷⁸ Hesse, Rundfunkrecht, S. 227

²⁷⁹ Lerche, in: Maunz/Dürig, Art. 84, Rn. 152

III. Organisation der Aufsicht

Der Ausgestaltungsvorbehalt bezieht sich zum einen auf die Organisation. „Organisation“ ist die Ausgestaltung der inneren Ordnung der Einrichtung²⁸⁰, hier des Rundfunks. Der Organisationsrahmen muß eine staatsfreie Veranstaltung des Rundfunks ermöglichen²⁸¹. Unter dem geltenden dualen System gehören dazu einerseits die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Daneben stehen die Landesmedienanstalten, die die organisatorische Gewähr dafür bieten, daß privater Rundfunk staatsfrei stattfinden kann²⁸² und dennoch einer Kontrolle unterliegt. Eine auf externer Kontrolle beruhende Organisation des privaten Rundfunks soll eine außenplurale Vielfaltsstruktur durch Zulassungs- und Programmregelungen hervorbringen²⁸³. Die Durchsetzung dieser Regelungen ist den Landesmedienanstalten überantwortet.

Der dritte Unterabschnitt des Rundfunkstaatsvertrages widmet sich der Organisation dieser Aufsicht. Nach § 35 RStV dienen den Landesmedienanstalten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich der Konzentrationskontrolle die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und die Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM). Für die Untersuchung des Sachverhaltes i. S. v. § 24 VwVfG bleibt die jeweils betroffene Landesmedienanstalt zuständig, KEK und KDLM sind nur deren Organe. Aus § 36 Abs. 1 S. 1 RStV ergibt sich, daß die KEK und die KDLM „für die abschließende Beurteilung von Fragestellungen der Sicherung von Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit der bundesweiten Veranstaltung von Fernsehprogrammen“ zuständig sind.

Die KEK wird gebildet aus sechs Sachverständigen des Rundfunk- und Wirtschaftsrechts, von denen drei die Befähigung zum Richteramt haben

²⁸⁰ Stern, Staatsrecht III/ 1, § 69, V 4

²⁸¹ BVerfGE 12, 205 (261f.)

²⁸² Die Landesmedienanstalten sind staatsunabhängig strukturierte

Selbstverwaltungsorgane und gehören zur mittelbaren Staatsverwaltung, siehe Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, D 10

²⁸³ Wagner, Die Landesmedienanstalten, S. 26

müssen. Sie ist verfahrensrechtlich unabhängig. Der KEK kommt bei der Handhabung der Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 1 und 2 RStV (Annahme von „vorherrschender Meinungsmacht“, Bestimmung einer „geringfügigen Unterschreitung des Zuschaueranteils“, Beurteilung von „medienrelevanten Märkten“) eine Schlüsselstellung zu, weshalb diesbezüglich von einer Definitionskompetenz gesprochen werden kann.²⁸⁴ Die KEK hat keinen rechtlich selbständigen Status im Außenverhältnis gegenüber den Fernsehveranstaltern. Sie hat nicht die Befugnis, Verwaltungsakte zu erlassen.²⁸⁵ Endgültig verpflichteter Verwaltungsträger ist die Landesmedienanstalt. Die KEK wird zum Entscheidungsträger im Innenverhältnis zur Landesmedienanstalt, denn ihre Beschlüsse sind für die zuständige Landesmedienanstalt bindend, § 37 Abs. 1 S. 5 RStV. Ihre Eigenschaft als Organ aktualisiert sich und wechselt entsprechend dem Eingang der Anträge der nach dem Sitzlandprinzip zuständigen Landesmedienanstalt. Mittelbar durch diese stehen der KEK Ermittlungsbefugnisse zu. Die Kompetenz zur Beurteilung von Fragen der Meinungsvielfalt wird durch schwach ausgeprägte Mitwirkungsbefugnisse (Benehmen) bei der Auswahl und Zulassung von Fensterprogrammveranstaltern²⁸⁶ begleitet.

Die KDLM setzt sich aus den gesetzlichen Vertretern der Landesmedienanstalten zusammen. Sie sind weisungsfrei, d. h. sie sind in ihrer Funktion als KDLM-Mitglieder nicht mehr Interessenvertreter der Landesmedienanstalt, die sie gesetzlich vertreten. Innerhalb der Kontrollbehörden hat die KDLM eine anstaltsinterne Kontrollfunktion. Will eine Landesmedienanstalt von einem sie bindenden Beschluß der KEK abweichen, so kann sie nach § 37 Abs. 2 RStV die KDLM anrufen, die mit Dreiviertelmehrheit ihrer gesetzlichen Mitglieder einen anderen Beschluß fassen kann, der den vorausgegangenen der KEK abschließend ersetzt.

Die Bildung der zentralen Einrichtungen wie KEK und KDLM dient dem Zweck, die Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt nach einheitlichen Maßstäben anzuwenden. Dadurch sollen zweckferne und sachwidrige Einflüsse bei dem nach dem Sitzlandprinzip organisierten

²⁸⁴ Stock, JZ 1997, 583 (593)

²⁸⁵ So aber im Vorfeld z. B. die Forderung von Knothe, in: ZUM 1997, S. 6ff., 11

²⁸⁶ Bei Überschreiten der 30-Prozent-Grenze kann ein Veranstalter zur Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte (Fensterprogrammanbieter) verpflichtet werden.

Rundfunkzulassungsverfahren vermieden werden²⁸⁷. Diese Einrichtungen sind daher als Ausprägung des prozeduralen Grundrechtsschutzes zu betrachten. Deren Etablierung entspricht insoweit den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Gebührenurteil.

Seit ihrem Bestehen wurde die Arbeit der KEK kritisiert. Die Landesmedienanstalten wehren sich dagegen, Beschlüsse der KEK, die sie selbst nicht befürworten, nach außen hin zu vertreten. Sie verlangen nach einem Prüfungs- und Beanstandungsrecht hinsichtlich der von der KEK verlangten Ermittlungsmaßnahmen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der KEK nach dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 S. 3 RStV die Verfahrensherrschaft hinsichtlich der Prüfung medienkonzentrationsrechtlicher Sachverhalte und damit verbunden auch eine Einschätzungsprärogative bezüglich der einzuleitenden Maßnahmen zusteht.

Die Unzufriedenheit mit der Arbeit der KEK fand ihren Höhepunkt bislang darin, daß die Bayerische Landeszentrale für neue Medien wegen Untätigkeit der KEK die KDLM anrief.²⁸⁸ Dieser Streit brachte die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Landesmedienanstalten und der KEK über die Reichweite der Ermittlungsbefugnisse der KEK zum Ausdruck und ließ erneut die Forderung nach einer gemeinsamen, von allen Ländern getragenen Einrichtung, die für Fragen von bundesweit verbreiteten Fernsehprogrammen zuständig ist, aufkommen. Auf dahingehende Forderungen wird im Kapitel Lösungsvorschläge eingegangen.

IV. Verfahrensfragen

Neben der Ausgestaltung der Organisation stellt diejenige des Verfahrens die zweite Seite des prozeduralen Rundrechtsschutzes dar. Darunter ist die Gestaltung eines bestimmten Ablaufs des administrativen Verfahrens, um zu einem Ergebnis zu gelangen zu verstehen²⁸⁹. Das

²⁸⁷ KEK-Jahresbericht 1997/1998, S. 1

²⁸⁸ Beschluß der KDLM vom 7. Nov. 1998 in: ZUM 1998, S. 1054ff., die den Antrag der BLM als nicht statthaft zurückwies

²⁸⁹ Stern, Staatsrecht III/1, § 69 V 4

angestrebte Ergebnis besteht für die Rundfunkkontrolle darin festzustellen, ob vorherrschende Meinungsmacht ausgeübt wird oder nicht. Es wird von § 25 Abs. 1 und 2 RStV formuliert, der an den privaten Rundfunk die Forderung richtet, inhaltlich die Vielfalt der bestehenden Meinungen zum Ausdruck zu bringen, wobei ein einzelnes Programm die öffentliche Meinung nicht ungleichgewichtig beeinflussen darf. Meinungsvielfalt wird von der Rechtsprechung übereinstimmend als unbestimmter Rechtsbegriff angesehen, der den Landesmedienanstalten einen Beurteilungsspielraum verschafft²⁹⁰. Die gerichtliche Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte setzt mangels exakter Vorgaben nicht beim Ergebnis, sondern beim Verfahren, das zu einem Ergebnis führt, an. Dazu gehört zuerst, ob die Landesmedienanstalten von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen sind.

1. Meßproblematik

Die Sachverhaltsermittlung (§ 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG) umfaßt die Ermittlung der Zuschaueranteile. Um die grundsätzliche Eignung des Zuschaueranteilsmodells zur Konzentrationskontrolle zu beurteilen, ist eine Untersuchung der Meßproblematik unerlässlich. Denn das Modell hat nur dann seine Berechtigung, wenn die Anteile der einzelnen Programme exakt bestimmt werden können.

Nach § 27 Abs. 1 RStV ermitteln die Landesmedienanstalten durch die KEK den Zuschaueranteil der Programme. § 27 Abs. 2 RStV sieht vor, daß ein Unternehmen mit der Ermittlung der Zuschaueranteile beauftragt wird. Durch die Formulierung „beauftragt“ ist aber die Ausgestaltung weder des Außenverhältnisses des Meßunternehmens zu den Veranstaltern noch des Innenverhältnisses zur Kontrollbehörde geklärt.

a) Rechtsstellung des Meßunternehmers nach außen

In welcher Form die Beauftragung des Meßunternehmers geschehen sollte, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen.

²⁹⁰ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Hesse, Rundfunkrecht, S. 234, Fn. 130

(1) Öffentlich-rechtlicher Beauftragter

Die Formulierung „beauftragt“ läßt an die Figur des öffentlich-rechtlichen Beauftragten (Staatsbeauftragten) denken. Die Beauftragten in der öffentlichen Verwaltung erfüllen hoheitliche, fremdnützige Aufgaben, die vom Parlament angeordnet und kontrolliert werden²⁹¹. Diese Funktionsbestimmung träfe unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrangs der Meinungsvielfalt und ihrer Kontrolle für den zu beauftragenden Unternehmer zu. Der öffentlich-rechtliche Beauftragte übernimmt jedoch eine „Mittlerrolle“ zwischen Staat und Gesellschaft und betreut bewußt einseitig bestimmte öffentliche Belange. Er ist Sachwalter bestimmter Interessengruppen und setzt deren Anliegen in konkrete politische Aktivitäten um. Er wird zur Erledigung ressort- und verwaltungsebenenübergreifender Aufgaben eingesetzt und soll alle Aspekte koordinieren, die sonst i. R. d. allgemeinen Zuständigkeiten aufgeteilt sind. Vorliegend handelt es sich jedoch nur darum, die praktische Ausführung der Messung einem Unternehmen zu übertragen. Es ist dies eine einzelne Aufgabe im Rahmen der Konzentrationskontrolle, die ansonsten den Kontrollbehörden (Landesmedienanstalten in Koordination mit der KEK) obliegt. Eine verwaltungs- und ressortübergreifende Tätigkeit ist nicht bezweckt und es werden keine Zuständigkeiten gebündelt. Die Funktionsbeschreibung eines öffentlich-rechtlichen Beauftragten läßt sich nicht mit den hier zu erfüllenden Aufgaben in Einklang bringen.

Die Verwendung des Wortes „Beauftragung“ führt eher zum bürgerlich-rechtlichen Institut des Auftrags (§ 662 BGB): Der Beauftragte übernimmt die Pflicht, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Diese Definition läßt sich möglicherweise auf den vorliegenden Sachverhalt mit Blick auf die Handlungsformen der Verwaltung nach Privatrecht oder Verwaltungsprivatrecht übertragen.

²⁹¹ Fuchs, Beauftragte in der öffentlichen Verwaltung, S. 39

(2) Beliehener

Die Lösung könnte darin bestehen, den Unternehmer zum Beliehenen zu machen²⁹². Beliehene sind juristische Personen des Privatrechts und mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut. Sie sind Verwaltungsträger und bis zur Reichweite der zu erfüllenden Aufgabe mit hoheitlichen Befugnissen betraut. Angesichts der durch § 27 Abs. 2 RStV aufgestellten Forderung nach einer Auftragsvergabe nach den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eignet sich die Möglichkeit der Nutzung von privatem Potential. Der Aufbau einer verwaltungseigenen Organisation wäre zu teuer und es müßten mühsam Erfahrungen gemacht werden, die bspw. die Gesellschaft für Konsumforschung, die die Einschaltquoten der Fernsehsender bestimmt, in langjähriger Praxis bereits erworben hat.

Der beliehene Unternehmer tritt nach außen hin als selbständiger Hoheitsträger auf. Er handelt mit Außenwirkung. Es ist jedoch zu bezweifeln, daß das hier geeignet ist, die Aufgaben der Konzentrationskontrolle zu erfüllen. Auf die Messung der Ergebnisse folgt die Einschätzung von deren Wirkung auf das Meinungsklima durch die KEK. Diese wiederum legt ihren Beschluß der zuständigen Landesmedienanstalt vor, die ihrerseits erst dem betroffenen Veranstalter nach § 26 Abs. 4 RStV Maßnahmen vorschlägt. Selbst die KEK handelt nicht mit Außenwirkung. Sie ist nur Organ der Landesmedienanstalt. So sind auch die zu erbringenden Messungen nur Zuarbeit und Voraussetzung für Beschlüsse. Es tritt immer eine Entscheidung der Kontrollbehörden zwischen der Messung und deren Rechtsfolge. Der Unternehmer muß daher nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sein.

Darüber hinaus muß folgendes beachtet werden: Nach § 27 Abs. 2 RStV ist mit dem Meßunternehmer zu vereinbaren, daß die Daten wegen der Kostenersparnis von Dritten weiterverwendet werden sollen. Bei der Weitergabe müssen die Grundsätze des Datenschutzes eingehalten werden. Die Daten werden für die Landesmedienanstalten als Anstalten des öffentlichen Rechts ermittelt. Ein öffentlich-rechtlicher Auftraggeber ist verpflichtet, die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen zu kontrollieren. Er ist weisungsbefugt. Datenschutz kann er aber nicht

²⁹² So der Vorschlag von Holzer, in: ZUM 1995, 577 (585)

garantieren, wenn er die Aufgabe dem Meßunternehmer zur selbständigen Erledigung überträgt.

Vor allem scheitert die Übertragung des Hoheitsrechtes auf einen Beliehenen hier daran, daß diese gesetzlich nicht vorgesehen ist. Sie unterliegt dem Gesetzesvorbehalt²⁹³. In § 27 RStV ist aber nur die Rede von der Ermittlung der Zuschaueranteile durch die KEK, die wiederum ein Unternehmen beauftragt. Damit sind hoheitliche Befugnisse (also die Befugnis, Verwaltungsakte zu erlassen) nicht übertragen, sondern die Tätigkeit ist nur als unselbständige Zuarbeit formuliert. Dem Meßunternehmer kann also nicht der Status eines Beliehenen übertragen werden.

(3) Organisations- bzw. Aufgabenprivatisierung

Formen der Privatisierung sind die Organisationsprivatisierung und die Aufgabenprivatisierung.

Unter Organisationsprivatisierung versteht man die Gründung von verwaltungseigenen juristischen Personen des Privatrechts oder Beteiligungsgesellschaften, an denen die öffentliche Hand die Mehrheit der Anteile hält²⁹⁴. Das zu beauftragende Unternehmen könnte durch Privatisierung zum selbständigen Verwaltungsträger werden und damit dem Verwaltungsprivatrecht unterliegen. Dabei bedient sich der Staat privatrechtlicher Gestaltungsformen²⁹⁵. Privatisiert wird hier nur die Organisation der Aufgabe, nicht die öffentliche Aufgabe selbst²⁹⁶. Nach allen bekannten Abgrenzungstheorien zwischen öffentlichem und privatem Recht handeln die Landesmedienanstalten und die KEK hier öffentlich-rechtlich. Jedoch deckt der Wortlaut von § 27 Abs. 2 RStV („beauftragt ein Unternehmen“) eine Organisationsprivatisierung nicht ab. Die KEK bedient sich bei der Ausführung der Aufgabe eines Privaten. Hier findet keine „Ausleihe“ von Rechtsfiguren beim Privatrecht²⁹⁷ statt, sondern nur eine Auslagerung von Aufgaben auf eine schon vorhandene privatrechtliche Organisation. Eine

²⁹³ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1, Rn. 232

²⁹⁴ BGH NJW 1998, 1874 (1875)

²⁹⁵ BVerwG NVwZ 1990, 754

²⁹⁶ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1, Rn. 104

²⁹⁷ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn. 28

Organisationsprivatisierung ist daher von Rundfunkstaatsvertrag nicht gewollt.

Bei der Aufgabenprivatisierung²⁹⁸ findet eine wirkliche Aufgabenverlagerung statt, indem die Aufgabe von der Verwaltung aufgegeben und auf einen Privaten übertragen wird. Sie wird aus der direkten öffentlichen Verantwortung und Entscheidung entlassen. Hier erschließt sich nach den bisherigen Ausführungen zur Letztentscheidungsverantwortung der Landesmedienanstalten auf den ersten Blick, daß eine solche rechtliche Konstruktion nicht beabsichtigt war. Die Entscheidungsgewalt soll nicht auf den Unternehmer übertragen werden. Eine Aufgabenprivatisierung scheidet daher aus.

(4) Funktionale Privatisierung

Bei der funktionalen Privatisierung wird lediglich der Vollzug der Aufgabe auf einen Privaten übertragen. Er ist Verwaltungshelfer und arbeitet nach Weisung durch die Behörde; er ist also nicht wie der private Beauftragte oder der öffentlich-rechtlich Beliehene selbständig tätig. Zuständigkeit und Letztentscheidungsverantwortung verbleiben bei dem Träger der öffentlichen Verwaltung²⁹⁹. Angesichts der dem Meßunternehmer zu übertragenden Aufgabe erscheint dieses Institut am geeignetsten: Eine Verwaltungsakt-Befugnis ist - wie oben dargestellt - für den Unternehmer nicht vorgesehen. Es handelt sich nur um die praktische Durchführung der Messung als Zuarbeit und Voraussetzung für die Entscheidung der KEK und der Landesmedienanstalt. Zwar muß dem Meßunternehmer wegen der umfassenden Aufgabe und den damit einhergehenden technischen Problemen eine gewisse Selbständigkeit zugebilligt werden. Die Behörden werden sich Einfluß einräumen, indem sie die Steuerung, Verantwortung und Kontrolle des Verwaltungshelfers vertraglich sicherstellen. Der Unternehmer handelt im Auftrag der KEK und der Landesmedienanstalten und ist nur sog. „Werkzeug“.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß der Meßunternehmer als Verwaltungshelfer fungiert.

²⁹⁸ Auch materielle Privatisierung genannt

²⁹⁹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23, Rn. 60

Zwischen Kontrollbehörden und Meßunternehmer muß ein Vertrag abgeschlossen werden. Die Verwaltung kann Vorleistungen für die Erledigung öffentlicher Aufgaben mit bürgerlich-rechtlichen Verträgen am Markt kaufen oder öffentlich-rechtliche Verträge abschließen. Welche der beiden Möglichkeiten besser geeignet ist, soll nachfolgend untersucht werden.

b) Rechtsverhältnis zwischen Meßunternehmer und Kontrollbehörde

(1) Vertragstyp

Als privatrechtliche Verträge kämen der Dienstvertrag und der Werkvertrag in Betracht. Naheliegender ist wohl der Abschluß eines Werkvertrages, da ein Erfolg - die Lieferung der Meßergebnisse - geschuldet ist.

Fraglich ist, ob dieser Vertragstyp dem Umstand gerecht werden kann, daß es sich um konzentrationsrechtliche Eingriffe handelt, die einer engen Aufsicht durch die Kontrollbehörden bedürfen.³⁰⁰ Der Umfang der Aufsichts- und Weisungsgewalt gegenüber dem mit Verwaltungsaufgaben betrauten Privaten ist am Maßstab des politischen Gewichts der Aufgabe zu messen. Das bedeutet hier, daß angesichts der zu schützenden Meinungsvielfalt mit hohem Verfassungsrang die Kontrolle sehr ernst genommen werden muß.

Es muß auch damit gerechnet werden, daß dem Unternehmer der übernommene Auftrag lästig werden könnte, wofür verschiedene Gründe denkbar sind: Die Einbindung der Kontrollbehörde in die Entscheidung über das Verfahren macht dieses schwerfälliger und könnte daher stören. Auch liegt die Gefahr nahe, daß der Unternehmer dem Drängen eines Veranstalters erliegen könnte, der drohenden Entflechtungsmaßnahmen entgehen möchte. Um dies zu verhindern, müßte der Meßunternehmer einer Betriebspflicht unterworfen werden³⁰¹. Für die Einschaltung von Zivilpersonen in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bietet sich daher der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nach § 54ff. VwVfG an³⁰². Denn im Gegensatz zum Privatrecht steht hier die

³⁰⁰ Engel, ZUM 1995, 653 (663)

³⁰¹ Ebd. S. 665

³⁰² Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 54, Rn. 11

Bestimmungsmacht des einen Partners und die Unterwerfung des anderen unter von ihm bestimmte Geschäftsbedingungen bzw. Richtlinien der Annahme eines Vertrages nicht entgegen³⁰³. Der Verwaltungsvertrag ist nicht durch Privatautonomie geprägt, sondern es besteht der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit.

Ein kurzer Blick auf die Abgrenzung von privatrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Vertrag kann für die Entscheidung zwischen beiden Formen behilflich sein:

§ 54 VwVfG spricht von einem Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Dementsprechend wird bei der Qualifizierung von Verträgen nach dem Vertragsgegenstand gefragt³⁰⁴. Es kommt darauf an, ob die vertraglich übernommene Verpflichtung öffentlich-rechtlichen Charakter hat oder ob der Vertrag in Vollzug einer gesetzlichen Regelung geschlossen wird, die dem öffentlichen Recht angehört. Zur Konkretisierung kann auf den Sachzusammenhang abgestellt werden, wonach ein Verwaltungsvertrag vorliegt, wenn er die Übernahme von Pflichten zum Gegenstand hat, deren Träger nur ein Subjekt öffentlicher Verwaltung sein kann³⁰⁵. Die Landesmedienanstalten sind nach § 27 Abs. 2 RStV verpflichtet, die Zuschaueranteile zu ermitteln. Sie sind als Zulassungs- und Aufsichtsbehörden Anstalten des öffentlichen Rechts. Wenn sie ihre Pflicht auf Private durch Vertrag delegieren, spricht das zunächst für einen öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertrages. Doch muß hier zwischen der eigentlichen Aufgabe der Landesmedienanstalten - der Überwachung der Vielfaltsbestimmungen - und der technischen Aufgabe der Anteilsermittlung unterschieden werden. Die eigentliche Kontrolltätigkeit wird nicht auf den Privaten übertragen. Die Landesmedienanstalten kaufen lediglich auf dem Wirtschaftsmarkt die Leistung eines Unternehmens und bedienen sich dazu eines privatrechtlichen Vertrages³⁰⁶. Da in Gestalt der Zuschaueranteilszahlen der einzelnen Rundfunkunternehmen ein Erfolg geschuldet ist, handelt es sich dabei um einen Werkvertrag nach § 631 BGB.

³⁰³ Ebd. Rn. 14

³⁰⁴ Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 246, Maurer, Allgemeines

Verwaltungsrecht, § 14, Rn. 10; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 22, Rn. 55

³⁰⁵ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 22, Rn. 56

³⁰⁶ Sogenanntes privatrechtliches Hilfsgeschäft, siehe Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 7

(2) Inhaltliche Ausgestaltung

Grundsätzlich sollte der Unternehmer wegen der konzentrationsrechtlichen Eingriffe, die auf den Meßergebnissen beruhen werden, unter Aufsicht stehen. Doch darüber hinaus sollte für ihn eine öffentlich-rechtliche Dienstleistungspflicht oder Betriebspflicht (z. B. in zeitlicher Hinsicht) gelten, die bei der Einschaltung Privater in den Verwaltungsprozeß üblich und erforderlich ist³⁰⁷. Dies ist auch bei Abschluß eines privatrechtlichen Werkvertrages möglich, indem vertragliche Vereinbarungen getroffen werden, die den Unternehmer bestimmten Bindungen unterwerfen³⁰⁸. Hier bieten sich folgende Gestaltungsmöglichkeiten an:

- Informationsklauseln (Kooperationspflichten), die der Unterrichtung des Vertragspartners dienen. Sie sind wesentliche Grundlage für etwaige Vertragsanpassungen,
- Bestimmungsklauseln, die einseitige Bestimmungsrechte bezüglich von Teilfragen der Vertragsdurchführung enthalten. Hier können sich die Landesmedienanstalten Weisungsrechte (organisatorische Auflagen, Zustimmungsvorbehalte, Aufsicht) gegenüber dem Meßunternehmer vorbehalten, die zur Sicherung der Meinungsvielfalt rechtlich geboten sind. Besonders im Hinblick auf das Datenschutzrecht sind solche Klauseln unentbehrlich. Denn die Landesmedienanstalten bleiben bei Auftragsvergabe „Herrinnen der Daten“. Sie als öffentliche Auftraggeber bleiben für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften verantwortlich,
- Kündigungsklauseln, die die Voraussetzungen für ordentliche und außerordentliche Kündigungen festlegen. Zwar sollte der Auftrag des Unternehmers befristet werden, um abgewiesenen Bewerbern die Chance zu einem erneuten Anlauf zu geben. Doch muß beachtet werden, daß sich die Dauer der Frist nach dem Ausmaß der Investitionen richten muß, damit Amortisation eintreten kann. Wenn alternative Verwendungen ersichtlich sind, kann die Frist verkürzt

³⁰⁷ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 23, Rn. 34

³⁰⁸ Peters, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 631 ff. Rn. 47ff.

werden. Vor Ablauf der Frist sollte der Vertrag nur unter engen Voraussetzungen gekündigt werden können³⁰⁹,

- Nachverhandlungsklauseln, die den jeweiligen Gestaltungsbedürfnissen Rechnung tragen. Da die Technologien stark Neuentwicklungen unterworfen sind, die höhere Meßgenauigkeit versprechen, muß dem Meßunternehmer eine Methodenveränderung (unter Einfluß der Landesmedienanstalten) gestattet bzw. der Behörde ein Vorgaberecht für Neuentwicklungen eingeräumt werden. Denn es besteht ein öffentliches Interesse an genauerer und vielleicht auch billigerer Meßtechnik. Zudem besteht für den Meßunternehmer sonst die Gefahr, nicht mehr konkurrenzfähig zu sein, sollte er sich der technischen Entwicklung nicht anpassen³¹⁰.

Bei der vertraglichen Festlegung des Verfahrens müssen auch folgende Aspekte Beachtung finden:

Vorbereitungshandlungen können problematisch sein, weil zwar die Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Verwaltungshelfer gewahrt bleibt, die früheren „Weichenstellungen“ jedoch spätere Phasen präjudizieren, wodurch die spätere förmliche Entscheidung bereits in eine bestimmte Richtung gelenkt und die Verwaltung festgelegt wird³¹¹. Die Grenze zwischen einfachen Vollzugsaufgaben und Entscheidungsbefugnissen, für die eine gesetzliche Regelung erforderlich ist, muß klar gezogen werden³¹². Denn Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verlangen, daß der Verwaltung die Entscheidungsmacht verbleibt. Zur Bewältigung dieser Probleme wurde die Einrichtung eines mehrstufigen Verfahrens vorgeschlagen³¹³. Dies hat der Rundfunkstaatsvertrag aufgegriffen und läßt auf die Erhebung der Meßergebnisse zunächst die Einschätzung durch die KEK (§§ 26 Abs. 2 i. V. m. § 36 Abs. 1 RStV) und dann erst die Entscheidung der betroffenen Landesmedienanstalt gegenüber dem Veranstalter (§ 26 Abs. 4 RStV) folgen. Trotzdem ist zu bedenken, daß das Zahlenmaterial von dem Meßunternehmer zusammengestellt wird. Hier kann schnell die Grenze von der bloßen Hilfstätigkeit zur Vorentscheidung überschritten

³⁰⁹ Engel, ZUM 1995, 653 (663)

³¹⁰ Ebd. S. 665

³¹¹ Wahl, DVBl. 1993, 517 (523)

³¹² Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1, Rn. 114

³¹³ Engel, ZUM 1995, 653 (664); Holzer, ZUM 1995, 577 (585)

werden. Denn wer das Abwägungsmaterial zusammenstellt und die entscheidungserheblichen Belange einstellt und gewichtet, hat unmittelbaren Einfluß auf das Abwägungsergebnis³¹⁴. Deshalb ist es hier von großer Bedeutung, das Meßverfahren und dessen Parameter festzulegen.

Die praktische Durchführung der Zuschaueranteilmessung soll nach Maßgabe des § 27 Abs. 2 „aufgrund repräsentativer Erhebungen ... nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Methoden“ vorgenommen werden. Eine mathematisch genaue Bestimmung der Anteile (Vollerhebung) ist praktisch unmöglich, da die Gesamtbevölkerung nicht über die ganze Zeit in ihrem Fernsehkonsum beobachtet werden kann. Daher muß die empirische Sozialforschung herangezogen werden. Zwar ist die empirische Sozialforschung zur Aufklärung von Marktverhältnissen allgemein anerkannt, so daß die dort entwickelten Methoden grundsätzlich keinen rechtsstaatlichen Bedenken begegnen³¹⁵. Da auf den Erkenntnissen dieser Methode kontrollrechtliche Eingriffe in die Rechte der Veranstalter fußen werden, soll die Methode hier Darstellung finden.

(a) Methodik der Ermittlung der Zuschaueranteile

Momentan dienen die von der Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung (AGF) ermittelten Daten als Entscheidungsgrundlage. Die AGF beauftragt ihrerseits die Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) mit der praktischen Durchführung. Die Erhebung der Anteile geschieht jedoch im Auftrag der Sender zur Bestimmung der Werbereichweiten. Das bisher existierende Meßsystem der GfK entspricht den Anforderungen der Fernsehveranstalter, der Werbeagenturen und der werbungtreibenden Wirtschaft. Ziel der kommerziellen Zuschauermessung ist es vor allem, der Werbewirtschaft Auskunft über den Erfolg ihrer Tätigkeit zu geben. Für die Veranstalter sind die Zahlen Grundlage ihrer Senderplanung. Diese Ziele decken sich zwar nicht mit dem öffentlich-rechtlichen Zweck der Zuschaueranteilmessung. Die Daten eignen sich dennoch dafür. Die Erhebungen der GfK haben den Vorteil, daß sie vom Konsensprinzip getragen sind. Dadurch besteht die Hoffnung, daß die Veranstalter sich

³¹⁴ Wahl, DVBl. 1993, 517 (523)

³¹⁵ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, E Rn. 55

ihre Berechnungsgrundlage durch Infragestellen der Richtigkeit der Zahlen nicht entziehen werden. Gleichwohl muß für den Fall einer Streitigkeit die korrekte Erhebung der Anteile festgestellt werden können. Das Meßverfahren muß nachvollziehbar sein. Das Bundesverfassungsgericht schreibt bei repräsentativen Erhebungen eine hohe Kontrolldichte vor, da andernfalls der Rechtsschutz des Betroffenen verkürzt sei. Rechenfehler und die Verletzung von Regeln der Statistik führen daher regelmäßig zur Fehlerhaftigkeit des Ergebnisses³¹⁶. Es müssen die Bestimmtheitsanforderungen erfüllt sein, damit die behördlichen Entscheidungen materiell rechtmäßig sind. Dazu gehört, daß der Sachverhalt erkennbar und nachvollziehbar aufgeklärt wird³¹⁷.

Die Meßaufgabe besteht darin, die Zuschaueranteile der einzelnen Programme zu bestimmen. Dafür muß aus der Grundgesamtheit, die von der Bevölkerung gebildet wird, eine repräsentative Personengruppe, die Stichprobe, gezogen werden. Zur Ziehung dieser Stichprobe wird von der GfK das Verfahren des Arbeitskreises Deutscher Marktforschungsinstitute (ADM) eingesetzt, das auf Daten der Wahlbezirksstatistik des Statistischen Bundesamtes basiert. Um die Stichprobe bestimmen zu können, muß zunächst geklärt sein, für welche Grundgesamtheit diese repräsentativ sein soll. § 27 Abs. 2 S. 2 RStV spricht von einer Erhebung unter Zuschauern ab Vollendung des dritten Lebensjahres. In Zusammenschau mit Abs. 1, der von deutschsprachigen Programmen spricht, ergibt sich jedoch, daß es sich dabei um die deutschsprachige Bevölkerung handelt.

Eine Stichprobe ist repräsentativ, wenn sie sich von der Grundgesamtheit nicht wesentlich unterscheidet. Sie stellt ein verkleinertes Abbild der Grundgesamtheit dar und muß einen statistisch gültigen Schluß auf die Grundgesamtheit erlauben³¹⁸. Das bedeutet, daß bei zunehmendem Stichprobenumfang der geschätzte Zuschaueranteil sich dem wahren Zuschaueranteil annähert und Schätzungsungenauigkeiten eingedämmt werden³¹⁹. Die Toleranzspanne zwischen geschätztem und wahren Anteil muß zuvor bestimmt werden. Bei einem wahren Anteil von 30 %

³¹⁶ BVerfGE 85, 36, (66)

³¹⁷ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 37, Rn. 13

³¹⁸ Noelle-Neumann, in: Massenkommunikation, S. 275

³¹⁹ Arminger, Zuschaueranteile, S. 59

an der Grundgesamtheit besteht vielleicht die Bereitschaft, eine Abweichung von 0,5 % nach oben zu tolerieren, ohne anzunehmen, daß die Grenze wirklich überschritten ist³²⁰. Eine derartige Toleranzspanne muß dann aber auch für eine Abweichung nach unten eingeräumt werden, die bei der derzeitigen Regelung einer „geringfügigen Unterschreitung“ Bedeutung erlangen kann. Dadurch wären Veranstalter ab Erreichen eines Anteils von 30 Prozent bevorzugt, was dem Gleichbehandlungsgrundsatz widerspräche. Mit zunehmender Größe der Stichprobe verringert sich die nötige Toleranzspanne. Je größer also die Stichprobe ist, desto genauer fällt die Messung aus. Größere Stichproben sind teurer. Die GfK-Stichprobe, die auf absehbare Zeit die Basis für die Messung bildet, wird den Anforderungen der Rundfunkunternehmen gerecht, die auch an einer hohen Genauigkeit von geringen Zuschaueranteilen interessiert sind³²¹. Die Anforderungen der KEK an die Genauigkeit der Zahlen sind verglichen damit aber geringer. Die GfK-Forschung dürfte daher den Zwecken der Medienkontrolle genügen. Wenn sich Angreifbarkeit aufgrund der Ungenauigkeit herausstellen sollte, so kann die Genauigkeit durch die Vergrößerung der Stichprobe erhöht werden, was dann aber eine Frage der Kosten ist. Dabei muß das Verhältnis der Kosten zum Nutzen ausgewogen bleiben (§ 27 Abs. 2 S. 2 RStV).

Die GfK-Methode beruht auf aktiver Messung der Fernsehnutzung, indem sich der Zuschauer zum Fernsehen an- und abmeldet. Diese Methode ist abhängig von der Teilnahmebereitschaft. Es bestehen unterschiedliche Bereitschaften der einzelnen Bevölkerungsgruppen, sich an dem Verfahren langfristig zu beteiligen, das die Offenlegung der persönlichen Verhältnisse und aktive Mitarbeit erfordert. Wenig- und Vielseher verweigern oft die Teilnahme. Wenn dagegen ein Anreiz für die Teilnahme geschaffen wird, entsteht eine Verzerrung der Stichprobe, da sich nur bestimmte Gruppen davon motivieren lassen. Parallele telefonische Befragungen der Zuschauer über ihr Fernsehverhalten (coincidental checks), die die Zuverlässigkeit der Messungen belegen sollen, unterliegen aber Effekten wie sozialer Unerwünschtheit oder der Limitierung des Erinnerungsvermögens und einer Tendenz zur Angabe

³²⁰ Vgl. das Beispiel bei Arminger, ebd. S. 62

³²¹ Ebd., S. 73

von Gewohnheiten³²². Um korrekte Ergebnisse zu erhalten, müßten Verweigerer und Teilnehmer in eine Datenbank aufgenommen werden, die einen Vergleich der beiden Gruppen zuläßt. Zudem ist der Zeitaufwand für das Fernsehen in der Bevölkerung nicht gleich verteilt. Es gibt Hinweise, daß dieser ungleiche Zeitaufwand mit soziostrukturellen Faktoren in systematischem Zusammenhang steht. Angehörige der unteren Schichten sehen mehr fern und lesen weniger Zeitung. Dadurch entsteht eine Wissenskluff, denn eine Zunahme von Informationen entsteht nur, wenn Fernsehen mit regelmäßiger Zeitungslektüre kombiniert wird³²³. Ein an der durchschnittlichen Nutzungszeit orientierter Schwellenwert (30 %) hat daher in unterschiedlichen Bevölkerungsteilen unterschiedliches Gewicht. So ist auch das Meinungsbildungspotential sehr ungleich verteilt³²⁴. Dies führt dazu, daß bestimmte Bevölkerungsteile in der Stichprobe über- bzw. unterrepräsentiert sind³²⁵. Lang- und Vielseher sind überrepräsentiert (wegen der langen Dauer der Spielfilme), Kurz- und Intensivseher sind unterrepräsentiert (wegen der kurzen Dauer der Nachrichten- und Informationssendungen). Weil der Zuschaueranteil zeit- und personenbezogen ist, wird er aufgrund der unterschiedlichen Nutzungsdauer nicht wirklichkeitsgetreu widerspiegelt. Das Modell geht von einer gleichmäßig verteilten Meinungsbeeinflussung der Bevölkerung aus, die so aber nicht existiert. Diese wenn auch sehr kleinen Unterschiede in der Stichprobe wirken sich bei großer Bevölkerungszahl jedoch statistisch (nach der Hochrechnung auf die Gesamtbevölkerung) signifikant aus. Diese Tatsache stellt aber das Zuschauermarktanteilsmodell nicht grundsätzlich in Frage. Dem Nachteil der relativ geringen Vertretung bestimmter Gruppen in der Stichprobe kann mit einem statistischen Hochrechnungsverfahren³²⁶ begegnet werden. Ebenso ist der Unsicherheitsfaktor durch die Dynamik der

³²² Bergmann, MP 1994, 620 (621)

³²³ Noelle-Neumann, in: Massenkommunikation, S. 549

³²⁴ Ebd.; Kiefer, MP 1995, 58 (63)

³²⁵ Bergmann, MP 1994, 620 (622)

³²⁶ Schichtung: Die Grundgesamtheit wird nach bestimmten Merkmale wie Bildung, Einkommen in homogene Schichten aufgeteilt und die Stichprobe gezogen. Der Anteil der Untergruppe, die sonst zu schwach vertreten ist, kann dann beliebig erhöht und gesondert ausgewertet werden. Später kann die Verzerrung rückgängig gemacht werden, um das reale Verhältnis wiederherzustellen.

Bevölkerungsentwicklung und die Fluktuation in der Stichprobe durch Toleranzspannen auszugleichen.

Das ADM-Verfahren verwendet als Grundgesamtheit nicht Personen, sondern private Haushalte³²⁷. Daher muß von Haushalten auf das Nutzungsverhalten von Personen geschlossen werden muß, um Aussagen über die wahre Reichweite von Fernsehangeboten machen zu können. Darunter leidet jedoch die Genauigkeit des ermittelten Zuschaueranteils³²⁸. Durch die Vergrößerung der Stichprobe oder die Anwendung eines anderen Stichprobenauswahlverfahrens könnte diesem Problem abgeholfen werden. Als Alternative zum ADM-Verfahren bietet sich eine Stichprobenziehung aus den Einwohnermelderegistern an, die nicht Haushalte, sondern Personen erfassen. Doch ist dieses Verfahren ungleich aufwendiger und teurer, denn die Einwohnermelderegister verlangen Gebühren. Darüber hinaus ist die nach § 27 Abs. 2 RStV erforderliche Weitergabe an private Dritte (gemeint ist die Werbeindustrie) datenschutzrechtlich unzulässig, denn sie widerspräche dem Grundsatz der Zweckbindung der Meldedaten.

(b) Berücksichtigung der Außerhaus- und Anstaltsnutzung

Das ADM-Verfahren hat den Nachteil, daß der Fernsehkonsum in Nicht-Privathaushalten und Gemeinschaftsunterkünften (Heime, Hotels) und die Nutzung an öffentlichen Orten, also die Außerhaus- und Anstaltsnutzung in die Erfassung der Mediennutzung nicht mit einbezogen wird³²⁹. Ebenso werden Zweitwohnungen nicht erfaßt. Doch gerade Spartenprogramme wie MTV, Viva oder n-TV werden häufig nur außer Haus konsumiert. Indem diese Nutzung ungenau erfaßt wird, wird auch der Meinungseinfluß dieser Programme vernachlässigt. Dieser Einfluß kann jedoch in der betreffenden Zielgruppe besonders stark sein. Beispielsweise kann ein jugendorientiertes Musikprogramm durch die visuelle Vermittlung einer Lebensweise in erheblichem Maße verhaltensprägend sein. Doch ist die Zielgruppe zu klein, um einen Zuschaueranteil auszulösen, der auch nur annähernd den Grenzwert von

³²⁷ Arminger, in: Zuschaueranteile, S. 65f.

³²⁸ Ebd. S. 68

³²⁹ Reinold/ Buß, MP 1994, 614 (615)

30 % erreichte. Dies hat auch seine Berechtigung, denn es geht nicht um Meinungseinfluß in einer bestimmten Zielgruppe, sondern um jenen in der Gesamtbevölkerung. Eine Unterscheidung nach Spartenprogrammen und Vollprogrammen findet gerade nicht statt. Den Einfluß nach Zielgruppen differenziert festzustellen, wäre eine Leistung, die vom Zuschauermarktanteilsmodell nicht erwartet werden kann. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die über § 28 RStV zurechenbare Programme einbezieht und die Präsenz des Unternehmens auf medienrelevanten Märkten berücksichtigt.

Die Außerhaus- und Anstaltsnutzung wird wegen des geringen Umfangs zu Recht nicht mit erfaßt³³⁰. Darüber hinaus wäre mangelnde Bereitschaft und Akzeptanz für ergänzende Systeme möglicherweise kontraproduktiv für die Kontinuität in der Stichprobe und deren Repräsentativität³³¹. Ihre Nichterfassung ist durch Sicherheitsmargen auszugleichen. Die Einbeziehung in die Messung würde erhebliche Kosten verursachen, deren Aufwand nicht gerechtfertigt wäre. Die von § 27 Abs. 2 RStV formulierte Anforderung an die Messung der Zuschaueranteile, wirtschaftlich und sparsam zu sein, wäre damit nicht erfüllt.

Die Regelungen zur Erhebung der Anteile genügen den Bestimmtheitsanforderungen, indem sie auf „allgemein anerkannte wissenschaftliche Methoden“ verweisen. Bei Berücksichtigung der vorgenannten Anforderungen liegt eine zutreffende und vollständige Sachverhaltsermittlung vor. Es ist zumutbar, ein Meßergebnis hinzunehmen, das mit Sicherheitsmargen bestimmt wird, wenn dies rechentechnisch korrekt ausgeführt wird und nach den allgemein anerkannten wissenschaftlichen Methoden erfolgt (§ 27 Abs. 2 RStV).

Um dennoch der Prozeßgefahr vorzubeugen, wäre es ratsam gewesen, Angriffe gegen die Meßmethode und deren Ergebnisse auf Fälle zu beschränken, in denen grobe Verfahrensfehler begangen wurden oder vorsätzliche Eingriffe in das Verfahren vorliegen. Es hätte in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 46 VwVfG ein Verfahren eingeführt werden sollen, wonach Entscheidungen der Kontrollbehörden nur erschüttert werden können, wenn der Verfahrensfehler sich auf das

³³⁰ Sie liegt bei etwa 3 %, vgl. ebd., S. 617

³³¹ Darkow, in: Zuschaueranteile, S. 134

Ergebnis ausgewirkt hat³³². Bedauerlicherweise hat der Rundfunkstaatsvertrag diese Möglichkeit nicht ausgeschöpft.

Die Messung der Anteile bildet die Grundlage der Kontrolltätigkeit. Diese umfaßt die Anwendung von Überwachungsmitteln und Eingriffsmitteln, von denen ausgewählte Schwerpunktbereiche im folgenden Darstellung finden. Für die einzelnen Verfahrensschritte soll dabei jeweils die Notwendigkeit zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht festgestellt werden.

2. Überwachungsmittel

Zu den Aufgaben von KEK und KDLM gehört gemäß § 37 Abs. 3 RStV auch die Überwachung der Veranstalter außerhalb des Zulassungsverfahrens. Die Überwachungsmittel haben die Funktion, den zu Beaufsichtigenden während der Gültigkeitsdauer der Zulassung zu beobachten. Sie sollen den Anlaß für den Einsatz von Eingriffsmitteln feststellen und stellen daher deren Vorstufe dar. Im Rahmen der Konzentrationskontrolle umfassen sie in erster Linie Informationsrechte der Behörden und Mitteilungspflichten der Veranstalter³³³.

a) Auskunfts- und sonstige Informationsrechte

Der Rundfunkstaatsvertrag räumt den Behörden umfangreiche Ermittlungs- und Beweiserhebungsbefugnisse ein, die in der zentralen Verfahrensvorschrift - § 22 RStV- fixiert sind. Für die Überwachungstätigkeit sind insbesondere die im folgenden dargestellten Regelungen von Bedeutung. Ausgangspunkt ist § 22 Abs. 1 RStV, der im wesentlichen § 26 Abs. 1 VwVfG wiedergibt. Danach können die Landesmedienanstalten alle Ermittlungen durchführen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind. Die Vorschrift verleiht der zuständigen Landesmedienanstalt die Befugnis, Auskünfte einzuholen, Beteiligte anzuhören, Zeugen und Sachverständige zu vernehmen, Urkunden und Akten beizuziehen und Augenschein zu nehmen. Diese Befugnisse dienen dem Zweck, den Behörden die für eine ordnungsgemäße

³³² Engel, ZUM 1995, 653 (659)

³³³ Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 121

Durchsetzung des Gesetzes notwendigen Kenntnisse zu verschaffen. Ein so umfassendes Auskunftsrecht ist dem außenpluralistischen Modell immanent. Externe Kontrolle der Einhaltung des Vielfaltsstandards im privaten Rundfunk ist nur bei ausreichender Sachverhaltskenntnis möglich. Dieses Recht der Kontrollbehörden ist nicht nur notwendig, sondern auch zulässig, jedenfalls wenn dadurch nicht die den Veranstaltern zustehende Programmfreiheit tangiert wird, sondern wenn es zur Überwachung der nicht den Programmbereich betreffenden Veranstalterpflichten eingesetzt wird³³⁴. Um Machtkonzentration zu verhindern bzw. aufzudecken und somit für die Vielfaltskontrolle entscheidend ist die Aufklärung von Beteiligungsverhältnissen, die den Programmbereich nicht berührt.

§ 22 Abs. 2 RStV entspricht § 26 Abs. 3 VwVfG. Danach besteht für Zeugen und Sachverständige eine Pflicht zur Aussage und zur Erstattung von Gutachten.

§ 22 Abs. 4 RStV ermächtigt die Landesmedienanstalt, die Geschäftsräume von auskunfts- und vorlagepflichtigen Personen und Unternehmen zu betreten. Damit im Zusammenhang steht Abs. 5, der diesen Personen und Unternehmen die Pflicht auferlegt, Aufzeichnungen und Urkunden vorzulegen, die in Bezug auf die Sicherung der Meinungsvielfalt relevant sein können.

§ 22 Abs. 7 und 8 RStV regeln die Durchsuchung von Geschäftsräumen. Durchsuchung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen nach Personen oder Sachen zur Ermittlung eines Sachverhaltes, die der Antragsteller nicht von sich aus offenlegen will³³⁵. Fraglich ist, ob dieses Durchsuchungsrecht tatsächlich erforderlich ist. Das im vergleichbaren Verwaltungsverfahren den Kartellbehörden eingeräumte Durchsuchungsrecht hat in der Praxis keine nennenswerte Rolle gespielt³³⁶. Denn dieses Recht kann auch nicht weiter reichen, als die Rechte auf Auskunft, Einsicht und Prüfung. Das Auskunftsrecht ist an seinem Zweck einschränkend auszulegen. Die zu erwartende Information muß zur Wahrnehmung der Aufgaben der Landesmedienanstalten erforderlich sein. Eine Durchsuchung kommt nach dem

³³⁴ Bumke, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, S. 391

³³⁵ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 22, S. 10

³³⁶ Stockmann, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 441

Verhältnismäßigkeitsprinzip nur in Betracht, wenn zu erwarten ist, daß weder das Auskunftsverlangen noch die Einsicht und Prüfung der vorzulegenden Unterlagen die erforderlichen Informationen über für die Konzentrationskontrolle bedeutsame Beteiligungsverhältnisse liefern können. Nach den Erfahrungen des Bundeskartellamtes ist dies aber für das kartellbehördliche Verwaltungsverfahren kaum der Fall³³⁷.

§ 22 Abs. 7 RStV schränkt die Unverletzlichkeit der Wohnung ein. Er trägt Art. 13 Abs. 2 GG zwar insoweit Rechnung, als die Durchsuchung nur aufgrund einer amtsrichterlichen Anordnung vorgenommen werden darf. Bei Gefahr im Verzug dürfen Durchsuchungen aber auch ohne richterliche Anordnung durch von der Landesmedienanstalt damit „betrachte“ Personen durchgeführt werden. § 22 Abs. 7 i.V.m. Abs. 4 RStV ermächtigt die von der zuständigen Landesmedienanstalt mit der Durchführung der Ermittlungen betrauten Personen ohne richterliche Anordnung zu Durchsuchungen während der Geschäftszeiten. Konkret normiert ist der Personenkreis durch das Gesetz nicht. Ferner fehlt es an einer gesetzlichen Normierung der Voraussetzungen, nach denen eine Durchsuchung überhaupt angeordnet werden darf³³⁸. An die Auslegung des Begriffes „Gefahr im Verzug“ sind strenge Anforderungen zu stellen, da sonst das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung ausgehöhlt wird. Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse und der Eingriff in ein Grundrecht verlangen aber nach einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Auch die Anordnungsbefugnis der nicht näher bezeichneten Personen stellt sich als zu unbestimmt dar, und ist daher nicht verfassungsrechtlich legitimiert, da dadurch der Rundfunk in einer sensiblen Frage staatlichem Einfluß ausgesetzt wird³³⁹. Den Anforderungen an einen hinreichend bestimmten Verfahrensablauf, der die Veranstalter in ihrer Situation sichern soll, wird die Bestimmung nicht gerecht.

³³⁷ Ebd. S. 447; Henle, ebd., S. 94

³³⁸ Hess, AfP 1997, 777 (781)

³³⁹ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, D Rn. 47, mit dem Beispiel der presserechtlichen Regelung, wonach Durchsuchungen nur aufgrund richterlicher Anordnung erfolgen dürfen, was als ausreichend angesehen wird.

b) Mitteilungspflichten

Mitteilungspflichten für die laufende Kontrolle enthalten § 29 und § 21 Abs. 7 RStV.

Das Verfahren bei Änderung der Beteiligungsverhältnisse regelt § 29 RStV. Danach muß jede geplante Änderung von Beteiligungsverhältnissen oder sonstigen von § 28 RStV genannten Einflüssen vor ihrem Vollzug schriftlich bei der zuständigen Landesmedienanstalt angemeldet werden. Die Anmeldepflicht gilt sowohl für Veranstalter als auch für unmittelbar und mittelbar Beteiligte. Dadurch soll verhindert werden, daß die Behörde vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Nur so ist ihre frühzeitige Einbeziehung in den Entscheidungsprozeß um konzentrationsrechtliche Sachverhalte gewährleistet³⁴⁰.

Selbständig neben dieser Mitteilungspflicht steht jene nach § 21 Abs. 7 RStV. Danach sind Veranstalter und Beteiligte nach erteilter Zulassung verpflichtet, jeweils nach Ablauf eines Kalenderjahres der zuständigen Landesmedienanstalt gegenüber eine Erklärung über etwaige Beteiligungsveränderungen abzugeben. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf den gesamten Zeitraum der Zulassung, denn deren Voraussetzungen müssen auch für die gesamte Zeit vorliegen.

Diese Pflichten dienen der Sachverhaltsermittlung. Bei der Zulassung treffen die Behörden eine rundfunkrechtliche Zuverlässigkeitsprognose, die sich auf den erwarteten Beitrag zum Gesamtprogramm stützt. Die Mitteilungspflichten ermöglichen eine Revision dieser Erwartung³⁴¹. Bei Änderung der Verhältnisse muß die Prognose neu getroffen werden, um die Vielfaltsanforderungen im Gesamtprogramm erfüllen zu können. Darüber hinaus gilt der Veranstalter bei Nichterfüllung der Anzeigepflichten als nicht zuverlässig und ist daher kein geeigneter Anbieter von privaten Rundfunkleistungen.

c) Publizitätspflicht

§ 23 Abs. 1 S. 1 RStV erlegt den Rundfunkveranstaltern die Verpflichtung auf, jährlich einen Jahresabschluß und Lagebericht nach

³⁴⁰ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 29, S. 2

³⁴¹ Bumke, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, S. 384

Maßgabe der Vorschriften des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften (§ 325 Abs. 2 HGB) zu veröffentlichen. Die Vorschrift gilt gemäß S. 2 auch für unmittelbar und mittelbar Beteiligte, denen das Programm des Veranstalters zuzurechnen ist. Nach § 23 Abs. 2 RStV sind die Veranstalter zur Aufstellung der Programmbezugsquellen verpflichtet, die ausschließlich zur Bekanntgabe an die zuständige Landesmedienanstalt bestimmt sind.

Die Vorschrift wurde mit dem Rundfunkstaatsvertrag 1997 zur Verbesserung des Ermittlungsinstrumentariums der Landesmedienanstalten eingeführt. Nach der amtlichen Begründung soll die Regelung des Absatzes 1 der Herstellung öffentlicher Transparenz dienen, wodurch die Rundfunkveranstalter einer beobachtenden Kontrolle durch die Öffentlichkeit ausgesetzt werden sollen³⁴². Hintergrund ist, daß ein sich bewerbender Veranstalter kein geeigneter Anbieter im privaten Rundfunk sein kann, wenn er nicht seine persönlichen Verhältnisse und geschäftlichen Verbindungen offenlegen will³⁴³. Die Vorschrift dient dazu, den Veranstalter im Interesse der freien Meinungsbildung zu zwingen, Mißstände zu beseitigen³⁴⁴. Offenlegung ist hier in zweierlei Hinsicht gemeint: gegenüber den Landesmedienanstalten und gegenüber der allgemeinen Öffentlichkeit. Daß die Landesmedienanstalten und die KEK genauestens über den Sachverhalt informiert sein müssen, steht außer Frage. Bedenklich ist dagegen das Informieren der Öffentlichkeit, die neben der gesellschaftlichen Öffentlichkeit insbesondere auch aus konkurrierenden Anbietern besteht. Zwar sind die im Jahresabschluß und Lagebericht enthaltenen Daten nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzustufen und unterliegen daher nicht dem Geheimnisschutz (§ 24 RStV). Dennoch steht den Veranstaltern das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu. Es umfaßt die Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe seiner persönlichen Daten zu bestimmen³⁴⁵. Das Recht zur Geheimhaltung von Geschäftsdaten juristischer Personen wird durch Art.

³⁴² Amtliche Begründung zu § 23, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 23 S. 1

³⁴³ Bay. VGH, AfP 1993, 501 (506)

³⁴⁴ Hesse, Rundfunkrecht, S. 227

³⁴⁵ BVerfGE 65, 1 (43)

2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 14 GG verbürgt³⁴⁶. Zu den persönlichen Daten gehören für Wirtschaftsunternehmen auch die finanziellen Verhältnisse, soweit die Informationen darüber vermögenswerte Rechte darstellen und deren Offenlegung oder Verwertung durch Dritte für das Unternehmen wirtschaftlich nachteilig ist. Diese Informationen könnten Wettbewerber dann zu eigenerwerbswirtschaftlichen Zwecken verwenden³⁴⁷. Möglicherweise läßt sich die Vorschrift durch eine Anlehnung an das ähnlich gelagerte Kartellverfahren legitimieren. Doch findet sich dafür keine kartellverfahrensrechtliche Parallele mit Ausnahme der Publizitätspflicht für Zusammenschlußfälle³⁴⁸. Jene haben ihren Grund darin, die Öffentlichkeit und andere möglicherweise betroffene Unternehmen über die wirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses zu informieren. Die Unternehmen sollen sich auf die neue Lage einstellen können³⁴⁹. Im Rundfunkrecht stellt sich die Situation dagegen anders dar. Es geht darum, eine möglichst vielfältige Rundfunklandschaft zu schaffen, die bei außenpluralistischer Struktur durch eine Anzahl verschiedener Anbieter hergestellt wird. Fraglich ist, ob die Vorschrift geeignet und erforderlich ist, die Meinungsvielfalt zu fördern und zu sichern. Nach dem außenpluralistischen Kontrollmodell soll inhaltliche Vielfalt durch eine Vielzahl von Anbietern erreicht werden. Die Zahl der am Markt befindlichen Unternehmen wird durch die wirtschaftlichen Marktverhältnisse bestimmt, denn der Bereich ist durch starke Konkurrenz geprägt. Der Vielzahl der Anbieter ist es daher nicht förderlich, wenn die Daten eines Unternehmens Wettbewerbern zugänglich gemacht werden, die diese dann nutzen könnten, um die Konkurrenzsituation für sich entscheiden zu können. Dadurch besteht die Gefahr, daß die Vorschrift dem Zweck der Antikonzentrationsregelungen gegenläufig ist, dem sie eigentlich dienen soll.

Probleme wirft auch die Regelung in § 23 Abs. 1 S. 2 RStV auf. Die Vorschrift verpflichtet neben den Veranstaltern auch mittelbar daran Beteiligte zur Offenlegung der Jahresabschlüsse und Bilanzen. Ob eine

³⁴⁶ Die Frage ist umstritten, vgl. Dreier, in: Dreier, Art. 2 Abs. 1, Rn. 56; das Bundesverfassungsgericht hat in E 67, 100 (142) die streitige Frage vorerst im genannten Sinne entschieden, vgl. Kunig, in: von Münch/ Kunig, Art. 2, Rn. 39

³⁴⁷ So auch Hess, AfP 1997, 777 (780)

³⁴⁸ Stockmann, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 448

³⁴⁹ Ebd., S. 443

Beteiligung vorliegt, wird anhand des § 28 RStV ermittelt. Möglicherweise besteht aber eine große wirtschaftliche Disparität zwischen dem am Rundfunkveranstalter gehaltenen Anteil und dem eigentlichen Betätigungsfeld des Beteiligten. Oder es handelt sich um ein ausländisches, etwa dem amerikanischen Recht unterliegendes Unternehmen, das nun nach deutschem Recht verpflichtet sein soll, seine Bilanzen vorzulegen³⁵⁰. Der Sinn der Vorschrift besteht darin, den wirtschaftlichen Hintergrund des Meinungsträgers einer beobachtenden Kontrolle zu unterwerfen³⁵¹. Die eben genannten Beispiele verdeutlichen, daß der Geschäftsbetrieb des mittelbar Beteiligten aber nicht zwingend relevant für den (deutschen) Meinungsmarkt sein muß und der Landesgesetzgeber über eine sinnvolle Regelung hinausgegangen ist³⁵². Vielmehr hätte eine Einbeziehung der Geschäftsfelder ähnlich der für medienrelevante verwandte Märkte vorgenommen werden sollen³⁵³. Freilich dürfte eine vergleichbare Regelung nur dann getroffen werden, wenn die dort vorhandenen Abgrenzungsprobleme ausgeräumt werden und die Bestimmtheitsanforderungen erfüllt sind.

Eine Publizitätspflicht in der Ausprägung des § 23 Abs. 1 RStV ist daher weder geeignet, noch erforderlich zur Aufrechterhaltung des Vielfaltsstandards und der damit verbundenen Gewährleistung der freien Meinungsbildung.

Die Vorschrift des § 23 Abs. 2 RStV stößt dagegen auf keine Bedenken. Die Programmbezugsquellen stellen einen wesentlichen Aspekt der intermediären Verflechtung dar. Die Landesmedienanstalten müssen darüber informiert sein, woher der Veranstalter die gesendeten Inhalte bezieht und in welchem rechtlichen Verhältnis er zu dem Inhaltenanbieter steht. Denn die intermediäre Verflechtung bildet einen wesentlichen Aspekt multimedialer Meinungsmacht, die es zu verhindern gilt. Die Vorschrift stellt keinen Eingriff in die Programmgestaltungsfreiheit dar. Orientiert an dem Zweck der Kontrolle, ein freiheitliches Rundfunkwesen zu sichern, ist die Vorschrift erforderlich, um vergleichbare Einflüsse i. S. v. § 28 Abs. 2 RStV aufzudecken.

³⁵⁰ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 23, S. 10

³⁵¹ Ebd., S. 2

³⁵² So auch Hess, AfP 1997, 777 (781)

³⁵³ Vgl. oben § 3 III 4

In Zusammenhang mit der vorstehend erörterten Offenlegungspflicht von betriebsbezogenen Daten steht der Datenschutz. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die den Kontrollbehörden im Rahmen der Ermittlungstätigkeit anvertraut wurden, dürfen nach § 24 RStV von den ermittelnden Personen nicht unbefugt³⁵⁴ offenbart werden. Hier findet § 30 VwVfG seine rundfunkrechtliche Konkretisierung. Die Vorschrift bezweckt den Schutz sensibler geschäftlicher und persönlicher Daten und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Sie bietet aber keine sichere Gewähr für effektiven Geheimnisschutz. Denn bei komplizierten Sachverhalten kann die Zahl der mit dem vertraulichen Vorgang befaßten Personen eine dreistellige Höhe erreichen³⁵⁵. Die Zahl der Beteiligten ist zu groß und oftmals wird die Quelle der Offenlegung der Geheimnisse nicht zu identifizieren sein. Abhilfe könnte schaffen, den Kreis der Geheimnisträger zu begrenzen. Die Entscheidung über Konzentrationssachverhalte müßte den „großen Gremien“ der Landesmedienanstalten entzogen werden und auf kleine Ausschüsse übertragen werden, deren Mitglieder sich aus dem Kreis der Gremien zusammensetzen. Für den Geheimnisschutz noch wirkungsvoller wäre es, die Einsichtnahme in die relevanten Unterlagen durch von den Aufsichtsbehörden beauftragte, unabhängige und zur Verschwiegenheit verpflichtete Sachverständige vorzunehmen³⁵⁶. Die Zahl der Geheimnisträger soll überschaubar sein, um die Kontrolle darüber nicht zu verlieren. Das Sachverständigengremium könnte die KEK bilden. Bei der derzeit geregelten Verteilung der Zuständigkeiten, die der KEK lediglich durch die Landesmedienanstalt vermittelte Befugnisse verschafft, kann jedoch eine Beschränkung der Zahl der Wissensträger nicht erreicht werden. Denn über die KEK hinaus ist auch die zuständige Landesmedienanstalt mit dem Sachverhalt befaßt. Wenn dagegen die Ermittlungsbefugnisse der KEK als eigene zustünden, ist der Datenschutz eher zu gewährleisten, denn sie kann als unabhängiges Organ agieren und die Zahl der Beteiligten wäre begrenzt. Es ist daher notwendig, das System der Zuständigkeiten diesbezüglich zu ändern.

³⁵⁴ Die Befugnis kann sich aus der Einwilligung des Berechtigten oder durch gesetzliche Erlaubnis ergeben.

³⁵⁵ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 24, S. 1

³⁵⁶ Dörr, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 424f.

d) Informelle Mittel

Über die zuvor genannten Überwachungsmittel hinaus gibt es für die Landesmedienanstalten auch die Möglichkeit, auf informelle Art und Weise das Aufsichtsziel zu erreichen³⁵⁷. Bei einer in Betracht zu ziehenden Aufsichtsmaßnahme muß zwar formell ein Verwaltungsverfahren eingeleitet werden. Doch werden die Landesmedienanstalten regelmäßig versuchen, zunächst mit den Veranstaltern im Rahmen der Anhörung nach § 28 VwVfG Gespräche zu führen, bevor es zu Aufsichtsmaßnahmen kommt³⁵⁸. So kann die Behörde die Veranstalter über die rechtliche Relevanz der Handlungen informieren und können beide Seiten flexibel aufeinander reagieren, ohne daß das Verfahren in einen belastenden Verwaltungsakt mündet. Dadurch trägt diese Vorgehensweise zur Verwaltungsvereinfachung und Vermeidung von Prozeßrisiken bei³⁵⁹.

Ferner zählt zu den informellen Überwachungsmitteln die laufende Untersuchung von wirtschaftlichen Verflechtungen der Rundfunkunternehmen. Um über genaue Marktkennntnisse zu verfügen, werden von den Landesmedienanstalten regelmäßig Analysen der Situation unter wirtschaftswissenschaftlichen Aspekten vorgenommen³⁶⁰.

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch werden informelle Beziehungen zwischen Landesmedienanstalten und Veranstaltern dann, wenn die Gewährleistungsfunktion der externen Kontrolle berührt wird³⁶¹. Denn informelle Praktiken bevorzugen oftmals große Unternehmen, die viele Arbeitsplätze bieten, gegenüber kleineren. Im Gegenzug zur Sicherung des Standortes verzichten die Behörden auf formelle Maßnahmen und damit auf die gebotene Kontrolle³⁶². Diese Vorgehensweise läuft den Interessen der Allgemeinheit zuwider, die einen Anspruch auf ein vielfältiges Programmangebot hat, das nicht nach wirtschaftlichen, sondern nach inhaltlichen Gesichtspunkten zusammengestellt ist. Darüber hinaus liegt in derartigen Absprachen eine

³⁵⁷ Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 122; Hesse, Rundfunkrecht, S. 227

³⁵⁸ Clausen-Muradian, ZUM 1997, 800 (802)

³⁵⁹ Wagner, Die Landesmedienanstalten, S. 222

³⁶⁰ Clausen-Muradian, ZUM 1997, 800 (802)

³⁶¹ Wagner, Die Landesmedienanstalten, S. 224

³⁶² Ebd. S. 225

nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der kleineren Veranstalter. Denn die Wahrnehmung von Standortinteressen stellt im Rahmen der Rundfunkkontrolle keinen sachlichen Grund zur Differenzierung dar. Andererseits kann sich daraus aber auch eine Ausdehnung der Kontrollbefugnisse ergeben. Denn die Landesmedienanstalten verfügen bei der Vergabe von Genehmigungen oder deren Verlängerung über beachtliche Druckmittel, die den informellen Anweisungen Nachdruck verleihen könnten³⁶³. Dadurch wäre eine Einflußnahme der Behörden möglich, die als Eingriff in die Programmgestaltungsfreiheit der Veranstalter zu qualifizieren wäre. Deshalb ist, wie das Bundesverfassungsgericht in der Extra-Radio-Entscheidung forderte, die Einhaltung eines genauen Verfahrens erforderlich, das eine willkürliche Verfahrensweise verhindert.

3. Eingriffsmittel

Eingriffsmittel wirken unmittelbar gestaltend oder berichtigend. Sie sind unterteilt in präventive und repressive Aufsichtsmaßnahmen³⁶⁴. Nachfolgend werden die Eingriffsmittel dargestellt, die im Rahmen der Vielfaltskontrolle von Bedeutung sind.

a) präventive Aufsichtsmaßnahmen

Das Grundrecht auf freie Meinungsbildung durch den Rundfunk liefert keine Maßstäbe für deren Gewährleistung. Deshalb ist auch die Ergebniskontrolle erschwert. Selbst wenn eine Ergebniskontrolle an materiellen Maßstäben denkbar wäre, so könnte diese hier erst zu einem späteren Zeitpunkt stattfinden, in dem die Grundrechtsverletzung - das Ausüben einseitiger Einflußnahme auf die Meinungsbildung - nicht mehr korrigierbar ist. Der Grundrechtsschutz ist im Fall der Rundfunkfreiheit daher nicht auf Entscheidungsergebnisse zu begrenzen, sondern fordert eine Vorverlagerung auf den Prozeß der Entscheidungsfindung, das Zulassungsverfahren³⁶⁵. Dieses stellt das wichtigste präventive

³⁶³ Ebd. S. 226

³⁶⁴ für das vergleichbare Recht der Bankenaufsicht Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 37f.

³⁶⁵ BVerfG, ZUM 1994, 173 (182)

Aufsichtsmittel und zugleich ein wesentliches Element der Strukturkontrolle im Rundfunk dar. Weitergehende präventive Eingriffsmittel sind für den hier interessierenden Bereich der Programmveranstaltung wegen Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG nicht zulässig.

Gemäß § 20 Abs. 1 RStV bedürfen private Rundfunkveranstalter einer Zulassung nach Landesrecht. Zunächst prüft die zuständige Landesmedienanstalt, ob die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für eine rundfunkrechtliche Zulassung vorliegen.

Zu den persönlichen Voraussetzungen gehört insbesondere, ob der Bewerber überhaupt eine Zulassung für privaten Rundfunk erhalten darf. Dies kann etwa aus Gründen der Sicherung der Staatsfreiheit ausgeschlossen sein.

In sachlicher Hinsicht ist die Frage von Bedeutung, ob nach Vorlage des Programmschemas und Unterlagen über Organisation und Finanzierung die begründete Erwartung besteht, daß der Bewerber regelmäßig und professionell ein Programm zu gestalten vermag³⁶⁶. Die näheren Anforderungen regeln die einzelnen Landesmediengesetze.

Wesentliche Zulassungsvoraussetzung ist aber insbesondere, daß durch das neu hinzutretende Programm keine vorherrschende Meinungsmacht ausgeübt wird³⁶⁷. Insofern trifft der Rundfunkstaatsvertrag eine einheitliche Regelung für alle Länder. Aus diesem Grund muß gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 RStV der Antrag auf Zulassung unverzüglich von der zuständigen Landesmedienanstalt der KEK zur Beurteilung von Fragen der Sicherung der Meinungsvielfalt vorgelegt werden, es sei denn die landesrechtlich geregelten Voraussetzungen sind bereits nicht erfüllt.

Die Grundsätze für das Zulassungsverfahren sind in § 21 RStV geregelt. Dieser erlegt dem Antragsteller weitgehende Mitwirkungspflichten auf. Diesbezüglich grundlegend ist § 21 Abs. 1 RStV. Er verpflichtet den Antragsteller dazu, alle Angaben zu machen, alle Auskünfte zu erteilen und alle Unterlagen vorzulegen, die zur Prüfung seines Zulassungsantrages erforderlich sind. Da im Verwaltungsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, bedarf die Normierung einer so umfassenden Beibringungsverpflichtung der näheren Begründung. Zu diesem Zweck muß die Rechtsnatur der Zulassung bestimmt werden. Da die Veranstaltung von Rundfunk nur erlaubt ist, wenn dafür eine

³⁶⁶ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 20, S. 8

³⁶⁷ Ricker Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, D 35; Herrmann, Rundfunkrecht, § 18, Rn. 30

Zulassung erteilt wird, hat sie den Charakter eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Grundsätzlich besteht wegen des dahinter stehenden Grundrechts ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Zulassung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen³⁶⁸. Die Behörde trägt nach dem Grundsatz des § 24 VwVfG dann die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Versagungsgründe und daher das Aufklärungsrisiko³⁶⁹. In der Extra-Radio-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ein subjektives Recht auf private Rundfunkveranstaltung anerkannt, wodurch ein potentieller Rundfunkveranstalter jedoch keinen vorbehaltlos gewährten Anspruch auf Zulassung erhält. Er gibt dem Bewerber nur einen Anspruch auf Beachtung seiner Programmgestaltungsfreiheit. Zur Realisierung dieses Anspruchs sind insbesondere Zulassungsregelungen erforderlich. Der die Zulassungspflicht begründende § 20 RStV ist daher eine grundrechtskonkretisierende Norm, die das Recht auf Rundfunkveranstaltung ausgestaltet. Dieses Recht gewinnt erst durch die gesetzlichen Bestimmungen und die auf dieser Grundlage ergehende Zulassungsentscheidung an Substanz³⁷⁰. Den Grund dafür liefert das verfassungsrechtliche Verständnis der Rundfunkfreiheit. Sie steht den Veranstaltern nicht zur eigenen Interessenverwirklichung zu, sondern steht im Dienste der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung. Aufgrund dieses Verständnisses der Rundfunkfreiheit ist es auch gerechtfertigt, den Veranstaltern umfassende Darlegungs- und Beibringungsverpflichtungen aufzuerlegen³⁷¹. Ferner gründet diese Verpflichtung auch darauf, daß der Antragsteller den Beweismitteln über die für die Konzentrationskontrolle wichtige Gesellschafterstruktur viel näher steht bzw. daß nur er über die erforderlichen Unterlagen verfügt³⁷². Schließlich muß bei Vorliegen aller Voraussetzungen seitens der Landesmedienanstalten die Genehmigung erteilt werden. Für ein anschließendes Ermessen besteht kein Raum mehr. Gestaltungs- und

³⁶⁸ Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 153; Ehlers, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 36f.

³⁶⁹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 53; Kopp, § 24, Rn. 1

³⁷⁰ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 21, S. 8

³⁷¹ Ebd. S. 7; Stockmann, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 456, so im Ergebnis auch Dörr, ebd., S. 367

³⁷² Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 21, S. 8; Dörr, siehe vorherige Fn.; allgemein Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 26, Rn. 47

Beurteilungsspielräume sind den Landesmedienanstalten dennoch nicht genommen. Jene sind vor allem dort eröffnet, wo eine Definition von Vielfalt im privaten Rundfunk erforderlich ist. Der Kernbereich des Spielraums der Anstalten liegt aber nach wie vor dort, wo bei Antragstellung mehrerer Zulassungsberechtigter eine Auswahlentscheidung getroffen werden muß³⁷³. Diesbezüglich bestimmen die einzelnen Landesmediengesetze, daß die Auswahl auf den Bewerber fallen soll, der den größten Beitrag zur Vielfalt erwarten läßt. Doch auch der Rundfunkstaatsvertrag gibt Bewertungs- und Auswahlkriterien vor. § 26 Abs. 1 RStV gestattet die Veranstaltung einer unbegrenzten Zahl von Programmen, es sei denn, daß dadurch, also auch durch die Neuzulassung, vorherrschende Meinungsmacht entsteht. Daher sind auch zu erwartende Entwicklungen nach Maßgabe der Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages zu berücksichtigen³⁷⁴. Dazu gehören sowohl die quantitativen Merkmale zur Beurteilung von vorherrschender Meinungsmacht (Zuschaueranteile) als auch die qualitativen Merkmale (Beurteilung der Marktstellung auf medienrelevanten verwandten Märkten). Bei Beurteilung dieser Fragen hat die KEK ein genaues Verfahren einzuhalten. Dieses weist zwar Schwächen bei der Einordnung der medienrelevanten verwandten Märkte auf, die jedoch ausgeglichen werden können³⁷⁵. Die Einstellung der KEK zum geplanten Programmangebot kann angesichts dieser Kriterien keine so große Rolle mehr spielen. Eine Einflußnahme auf die auch den Bewerbern zustehende Programmfreiheit³⁷⁶ ist dadurch erschwert. Dennoch läßt sich nicht jeglicher Spielraum beseitigen, so etwa bei der Einschätzung, ob ein Programm außerhalb des Bereichs vorherrschender Meinungsmacht die Bildung der öffentlichen Meinung in hohem Maße ungleichgewichtig beeinflusst (§ 25 Abs. 2 RStV). Soweit die §§ 26 ff. RStV keine detaillierten Regelungen enthalten, überlagert der Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum der Landesmedienanstalten den Programmbeachtungsanspruch der Veranstalter³⁷⁷.

³⁷³ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 20, S. 10f.

³⁷⁴ So auch die Auffassung der KEK, Jahresbericht 1998/1999, S. 70

³⁷⁵ Vgl. die Änderungsvorschläge unter § 5 I 4

³⁷⁶ BVerfGE 97, 298 (312)

³⁷⁷ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 20, S. 9

b) repressive Aufsichtsmaßnahmen

Die repressiven Aufsichtsmaßnahmen sind der Kern der Aufsicht. Sie kommen erst dann zum Zuge, wenn die Gefahr, der Schaden oder Mißbrauch bereits eingetreten ist³⁷⁸. Sie sollen den rechtswidrigen Zustand berichtigen. Im Fall der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle sind repressive Maßnahmen dann gegen ein Unternehmen anzuwenden, wenn es durch ihm zurechenbare Programme vorherrschende Meinungsmacht erlangt hat. Dies wird ab einem Zuschaueranteil von 30 % vermutet bzw. auch bei geringfügiger Unterschreitung dieses Anteils nach Maßgabe des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV. In jedem Fall ordnet § 26 Abs. 3 RStV an, daß diesem Unternehmen keine weitere Zulassung erteilt werden darf bzw. der Erwerb weiterer Beteiligungen nicht als unbedenklich bestätigt werden darf. Die Berichtigung des rechtswidrigen Zustands soll nun dadurch erreicht werden, daß dem Unternehmen entweder Sendelizenzen entzogen werden oder daß es nach Einigung mit der KEK binnenplurale Maßnahmen einleitet. Durch beide Alternativen soll nach der Intention des Gesetzes der Zustand einseitiger Meinungsbeeinflussung beendet werden.

(1) Zulassungsentzug

Der Widerruf der Zulassungen ist die ultima ratio. Dies betrifft die Zulassungen für so viele Programme, bis der zurechenbare Zuschaueranteil unter die Grenzen des § 26 Abs. 2 RStV fällt, also keine vorherrschende Meinungsmacht mehr gegeben ist (§ 26 Abs. 4 S. 3 RStV). Die Gefahr des Zulassungsentzugs schwebt über dem Veranstalter nur dann, wenn er nicht freiwillig Beteiligungen aufgibt oder mit der KEK keine Einigung über die Durchführung von vielfaltssichernden (binnenpluralen) Maßnahmen zustande kommt. Die Regelung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips, denn der Gefahr dieses Eingriffs in die Programmfreiheit durch die Aufgabe von Beteiligungen können die Veranstalter durch die Wahl eines milderen Mittels entgehen.

³⁷⁸ Vahrenhold, Privاتفunkaufsicht, S. 38

(2) Vielfaltssichernde Maßnahmen

Als mildere Mittel bieten sich die Einrichtung eines Programmbeirates und die Verpflichtung, Sendezeit an unabhängige Dritte abzugeben, an (§ 26 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 RStV). Dabei soll es sich um gleichwertige Alternativen zum Zulassungsentzug handeln. Es ist jedoch zu bezweifeln, ob diese tatsächlich gleichermaßen geeignet sind, dem Zweck (Sicherung von Meinungspluralität) förderlich zu sein.

Zuvor muß allerdings der Frage nachgegangen werden, ob das Durchführen von binnenpluralen Maßnahmen innerhalb des Zuschauermarktanteilsmodells, das auf außenpluralistischen Sicherungsvorkehrungen beruht, überhaupt zulässig ist. Durch das Anbieten dieser Alternativen könnte dem Gesetzgeber der Vorwurf des Systembruchs gemacht werden. Das Grundgesetz gibt aber kein bestimmtes Modell vor, um die Freiheitlichkeit des Rundfunkwesens zu sichern. Auch wenn sich der Gesetzgeber für ein Strukturmodell entschieden hat, ist er daran nicht gebunden. Er kann verschiedene Elemente kombinieren, solange er nicht das Ziel des Art. 5 Abs. 1 GG aus den Augen verliert, der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung zu dienen³⁷⁹. Binnenplurale Maßnahmen sind daher auch im privaten Rundfunk zulässig, wenn sie geeignet sind, die Freiheit der Meinungsbildung zu sichern. Ob sich die Drittsendeverpflichtung und die Einrichtung eines Programmbeirates dazu eignen, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen.

(a) Drittsendeverpflichtung

Sendeeinheiten von unabhängigen Drittanbietern sind sogenannte Fensterprogramme. Die Verpflichtung trifft Veranstalter sowohl nach Vereinbarung mit der KEK im Fall des § 26 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 RStV als auch im Fall des § 26 Abs. 5 RStV. Nach Abs. 5 sind Veranstalter von Vollprogrammen oder Informationsprogrammen bei Erlangung eines Zuschaueranteils von 10 % ohne weitere Voraussetzungen verpflichtet, Fensterprogramme einzurichten³⁸⁰.

³⁷⁹ BVerfGE 83, 238 (316)

³⁸⁰ Zu dem problematischen Verhältnis zwischen der Verpflichtung zur Einräumung von Sendezeit an Dritte nach § 26 Abs. 4 und Abs. 5 vgl. Hain, AfP 2000, 329

Die Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte ist geregelt in § 31 RStV. Die Landesmedienanstalten haben von der ihnen durch § 33 RStV eingeräumten Richtlinienkompetenz bezüglich der vielfaltssichernden Maßnahmen Gebrauch gemacht und eine gemeinsame Drittsendezeitrichtlinie zur Konkretisierung erlassen. Danach sollen die Fensterprogramme unter Wahrung der Programmautonomie des Hauptveranstalters insbesondere Beiträge aus den Bereichen Kultur, Bildung und Information enthalten. Deren Gestaltung muß in redaktioneller Unabhängigkeit vom Hauptprogramm erfolgen. Hauptveranstalter und Drittanbieter müssen unterschiedlichen Unternehmen angehören; beide verfügen über eigenständige Zulassungen. Für die Sendezeit der Fensterprogramme werden in § 31 Abs. 2 RStV Vorgaben dahingehend gemacht, daß diese vorwiegend in der Hauptsendezeit ausgestrahlt werden. Damit soll dem Zweck der Vielfaltssicherung wegen der hohen Sehbeteiligung und damit verbundenen hohen Bemerkbarkeit noch stärker gedient werden.³⁸¹ Der Fensterprogrammveranstalter wird im Rahmen einer Ausschreibung in Abstimmung mit dem Hauptprogrammveranstalter ermittelt, wobei auf eine einvernehmliche Lösung zwischen den Beteiligten gesetzt wird (§ 31 Abs. 4 RStV).

Aus § 31 Abs. 5 RStV ergibt sich, daß der Hauptveranstalter eine ausreichende Finanzierung des Fensterprogramms ermöglichen soll. Diesbezüglich bestehende Bedenken hinsichtlich eines Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Eigentümerbefugnis nach Art. 14 Abs. 1 GG versucht die amtliche Begründung auszuräumen. Diese Finanzierungsverpflichtung ist im Interesse der Meinungsvielfalt als Eigentumsschranke zu betrachten.³⁸² Hier stellt sich jedoch die Frage der Verhältnismäßigkeit. Denn wenn der Fensterprogrammanbieter ein bestimmtes Budget fordert, die Werbeeinnahmen aber an bestimmte Programme gebunden sind, dann führt jede andersartige Programmgestaltung dazu, daß sich die wirtschaftliche Basis nachhaltig verändert³⁸³. Zwar sollen der Drittanbieter und der Hauptveranstalter eine Vereinbarung über die finanzielle Seite der Ausstrahlung des

³⁸¹ Amtliche Begründung zu § 31, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 31, S. 1

³⁸² Ebd. S. 2

³⁸³ Kreile, NJW 1997, 1329 (1331)

Fensterprogramms treffen. Darin können laut Drittsendezeitrichtlinie verschiedene Finanzierungsformen vereinbart werden wie die Eigenvermarktung des Fensterprogrammanbieters, die Fremdvermarktung durch den Hauptveranstalter und durch Programmkostenzuschüsse des Hauptveranstalters gegen Übertragung des Vermarktungsrechts³⁸⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Veranstaltung von Fensterprogrammen für zulässig erachtet, wenn es den Veranstaltern gleichwohl überlassen bleibt, die Preise und Kosten zu kalkulieren, damit sich das Unternehmen finanziell trägt. Wenn jedoch eine Vermarktung wegen des sonstigen Profils des Hauptprogramms nicht in ausreichendem Maße möglich ist, ja diesem sogar gegenläufig ist, dann kann darin ein Eingriff in die Eigentümerbefugnis liegen. Die Einbußen können so große Ausmaße annehmen³⁸⁵, daß der Eingriff unzumutbar wird und dann nicht mehr gerechtfertigt ist. Durch die Verpflichtung zur Unterbrechung des eigenen Programms entgehen dem Hauptveranstalter Werbeeinnahmen, die gerade in der Hauptsendezeit besonders hoch sind und sie mindern die Akzeptanz des Hauptprogramms³⁸⁶.

Grundsätzlich ist bei der Einbeziehung Dritter in die Programmgestaltung zu bedenken, daß der Veranstalter in der bestehenden Rundfunkordnung ein Recht auf außenpluralistisch strukturiertes Programm hat. Damit ist notwendigerweise seine Veranstalterfreiheit verbunden. Die Rundfunkfreiheit der Veranstalter, die in ihrem Kernbereich Programmfreiheit ist, wird aber durch die Verpflichtung zur Einräumung von Sendezeit an Dritte angetastet. Programmbeiträge Dritter können dann in direktem Widerspruch zur Programmfreiheit stehen und die Akzeptanz seines Angebots empfindlich stören.³⁸⁷ Um einen dahingehenden Eingriff zu verhindern, soll ein Anbieter ausgewählt werden, der sich in die Programmstruktur

³⁸⁴ Drittsendezeitrichtlinie der Landesmedienanstalten vom 16. Dez. 1997, S. 6f.

³⁸⁵ Engel legt in einem für SAT.1 erstellten Gutachten dar, daß die Einbußen aufgrund der Drittsendezeitverpflichtung zwischen einem Drittel und der Hälfte des Jahresgewinns liegen können, siehe ZUM 2000, 345 (349)

³⁸⁶ Engel, ZUM 2000, 345 (349); auch die Monopolkommission sieht das unternehmerische Risiko einseitig zu Lasten des Hauptprogrammveranstalters verteilt, vgl. Hauptachten XI, 1994/1995, S. 374

³⁸⁷ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, F Rn. 58

und das Erscheinungsbild, die „Programmfarbe“ des Hauptveranstalters einfügt.³⁸⁸ Dann kann das Fensterprogramm jedoch nicht mehr der Vielfaltssicherung dienlich sein und ist damit ungeeignet als milderes Mittel. Auch das Bundesverfassungsgericht meldet Zweifel an der Geeignetheit von Fensterprogrammen an: Wenn Sendeeinheiten an sonst nicht im Programm vertretene Meinungsrichtungen vergeben werden, so bedeutet das noch nicht, daß dadurch Vielfalt in möglichster Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck kommt.³⁸⁹

Die sinnvolle Einrichtung von Fensterprogrammen steht vor einem fast unlösbaren Widerspruch: Einerseits sollen sie unabhängig gestaltet werden, um Vielfalt zu fördern. Andererseits soll möglichst wenig das Recht des Hauptveranstalters auf Programmautonomie tangiert werden. Ein Bruch im Programm soll verhindert werden, der den Zuschauer zum Abschalten desselben motiviert. Denn die Zuschauer wollen auf einer Frequenz immer dasselbe Programm sehen. Wenn der Hauptveranstalter die Vielfaltsentwicklung eingeschränkt hat, scheint ein Eingriff in seine Programmautonomie gerechtfertigt, dem entgegenzuwirken. Doch ist diese Maßnahme nicht gleichermaßen wie die Aufgabe von Beteiligungen geeignet, vorherrschender Meinungsvielfalt entgegenzuwirken. Darüber hinaus bestehen mildere Mittel, wie im letzten Kapitel zu zeigen sein wird.

Nach § 31 Abs. 6 RStV wird dem Fensterprogrammveranstalter die Zulassung für die Dauer von drei Jahren, längstens jedoch für fünf Jahre erteilt werden. Dies soll unbeschadet der zwischenzeitlichen Höhe des Zuschaueranteils des betroffenen Unternehmens gelten. Bereits bei den Verhandlungen um den Rundfunkstaatsvertrag wurde nicht unbeachtliche verfassungsrechtliche Kritik an diesem Verfahren laut.³⁹⁰ Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist diese Vorgehensweise sehr bedenklich. Für den Fall, daß zwischenzeitlich der Zuschaueranteil unter die 30-Prozent-Marke gefallen sein sollte, kann es keine Rechtfertigung für einen Eingriff geben, für den der Tatbestand - das Erreichen des Zuschauermarktanteils von 30 % - nicht vorliegt. Die Möglichkeit des vorzeitigen Entzugs der Zulassung für den Fensterveranstalter ist

³⁸⁸ Drittsendezeitrichtlinie, S. 2, Nr. 2.1

³⁸⁹ BVerfGE 74, 297 (330)

³⁹⁰ Entstehungsgeschichte, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, B 1 Rn

gesetzlich nicht vorgesehen. § 31 Abs. 5 RStV erwähnt die Möglichkeit der Kündigung der Vereinbarung zwischen Haupt- und Fensterprogrammveranstalter aus wichtigem Grund. Von dieser privatrechtlichen Vereinbarung wird die verwaltungsrechtliche Seite der Zulassung jedoch nicht tangiert. Um die Zulassung als den Fensterveranstalter begünstigenden Verwaltungsakt anzufechten, muß sich der Hauptveranstalter auf ein subjektives Recht berufen können. Dieses kann sich aus den Grundrechten, sofern sie vor solchen mittelbaren Eingriffen schützen, ergeben. Dies trifft auf die Veranstalterfreiheit, auf die sich der Hauptveranstalter berufen kann, zu. Jedoch gilt dies nur in Ausnahmefällen und auch schützen die Grundrechte nicht in gleicher Intensität wie einfachgesetzliche Vorschriften. Um diesem Mangel an Schutz vorzubeugen, sollte in den Rundfunkstaatsvertrag eine Vorschrift aufgenommen werden, die die Rücknahme der Zulassung des Fensterprogrammanbieters bei Unterschreiten des Zuschaueranteils von 30 % (oder vergleichbarer Sachverhalte nach § 26 Abs. 2 S. 2 RStV) anordnet. Dabei muß jedoch ein Ausgleich mit den Rechten des Drittanbieters gefunden werden. Dessen Planungssicherheit wird gestört und er kann durch die Rücknahme der Zulassung wirtschaftliche Einbußen erleiden.

In diesem Zusammenhang stellt sich schließlich die Frage nach der Einbeziehung der Fensterprogramme bei der Erhebung der Zuschaueranteile. Nach § 26 Abs. 1 RStV ist nur der Zuschaueranteil von Programmen relevant, die einem Unternehmen zuzurechnen sind. Bei der Berechnung des Anteils dürften die Drittsendezeiten daher nicht berücksichtigt werden, da diese dem Unternehmen wegen der eigenständigen Zulassung nicht zuzurechnen sind. Nach der Prämisse des Rundfunkstaatsvertrages sind diese vielfaltsfördernd und daher zunächst nicht als bedenklich für die Meinungsmacht einzustufen. Ein Mehr an Vielfalt ist durch die Fensterprogramme aber nicht zu erwarten. Die Nichteinbeziehung der Fensterprogramme in die Zuschaueranteilmessung ist vor diesem Hintergrund problematisch. Dieses wäre nur gerechtfertigt, wenn sie vielfaltsfördernd wären, was jedoch für die hier geregelte Form nicht nachgewiesen ist. Hier ist die Auffassung des Gesetzgebers sehr widersprüchlich. Denn nach § 26 Abs. 5 RStV sind Voll- und Informationsspartenprogramme, die einen Zuschaueranteil von 10 % überschreiten, automatisch zur Einräumung von Sendezeit für unabhängige Dritte verpflichtet. Für diesen Fall gesteht

selbst die amtliche Begründung ein, daß ein Mehr an Meinungsvielfalt im Fernsehen dadurch nicht erreicht werden kann.³⁹¹ Aus diesem Grunde sollen diese Programme auch in die Zuschaueranteilmessung mit einbezogen werden. Die Drittsendezeitverpflichtung nach Abs. 5 soll lediglich die Maßnahmen nach § 26 Abs. 1 - 4 RStV unterstützen, welche eine verfassungsrechtlich notwendige Bedingung für die Zulassung von privatem Rundfunk im Interesse der Meinungsvielfalt darstellen.³⁹² Dies führt zu der Feststellung, daß dem gleichen Mittel ein jeweils anderer Sinn zugeschrieben wird: Einerseits wird zugestanden, daß das Einräumen von Sendezeit für unabhängige Dritte ohne nennenswerte Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt ist und andererseits wird es als unerläßliche Voraussetzung für die Sicherung der Meinungsvielfalt gesehen.

Es kann schließlich festgehalten werden, daß die Verpflichtung zur Einräumung von Drittsendezeit in seiner derzeitigen Ausgestaltung für eine effektive Kontrolle untauglich ist. Da die Einräumung von Drittsendezeit nicht geeignet ist, die Meinungsvielfalt zu sichern bzw. wiederherzustellen, ist die Verpflichtung der Veranstalter dazu auch nicht zulässig. Zu den jetzigen Bedingungen sollte diese Verpflichtung nicht mehr als Alternative zu Entflechtungsmaßnahmen gewertet werden.

(b) Einrichtung eines Programmbeirates

Die Modalitäten zur Einrichtung eines Programmbeirates sind in § 32 RStV geregelt³⁹³. Ihm soll die Aufgabe zukommen, die Geschäftsführung des Programmveranstalters und die Gesellschafter bei der Programmgestaltung zu beraten. Er soll durch Vorschläge und Anregungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt und Pluralität des Programms beitragen. Durch Einrichtung eines Programmbeirats soll das Überschreiten der Grenze zu vorherrschender Meinungsmacht

³⁹¹ Amtliche Begründung zu § 26, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 26, S. 3

³⁹² Neft, ZUM 1998, 458 (461)

³⁹³ Nach § 33 haben die Landesmedienanstalten die Richtlinienkompetenz zur genaueren Ausgestaltung des Verfahrens und der Zusammenstellung des Beirates, die zur Programmbeiratsrichtlinie vom 16. Dez. 1997 führte.

unbedenklich erscheinen , da durch ihn ja ein Gegengewicht geschaffen wurde. Dies setzt jedoch voraus, daß ihm entsprechende Befugnisse durch Gesetz oder durch den mit dem Veranstalter abzuschließenden Gesellschaftsvertrag oder eine Satzung übertragen werden. Nur wenn der Programmbeirat einen wirksamen Einfluß auf das Programm hat, hält das Bundesverfassungsgericht seinen Einsatz für zulässig³⁹⁴.

- Geeignetheit zur Sicherung von Meinungspluralität

Als Vorbild für die Programmbeiräte gelten die bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten existierenden Rundfunkräte. Diese achten auf die Einhaltung der Programmgrundsätze, die Maßstab der externen Programmkontrolle und Richtschnur für die redaktionelle Tätigkeit der Rundfunkveranstalter sind. Im öffentlich-rechtlichen Rundfunk gilt zwar das Intendantenprinzip, d. h. der Intendant ist alleinverantwortlich für das Programm. Der Rundfunkrat hat jedoch umfassende Informations- und Beanstandungsrechte. Es stehen auch echte Eingriffsmittel zur Verfügung wie der Ausspruch einer Verpflichtung zur Ausstrahlung von bestimmten Beiträgen, die Weisung, Verstöße zu unterlassen oder gar die Abberufung des Intendanten. Nur so ist ein Mindestmaß an effektiver Aufsichtstätigkeit gewährleistet, die die Wahrung der Rundfunkfreiheit und der davon umfaßten Grundsätze bezweckt³⁹⁵.

Eine effektive Aufsicht ist jedoch von dem in § 32 RStV geregelten Beirat nicht zu erwarten.

Hauptkritikpunkt ist dabei zunächst die Bildung und Zusammensetzung des Programmbeirats. Dessen Mitglieder sollen nach § 32 Abs. 2 RStV aus gesellschaftlichen Gruppen, die in ihrer Gesamtheit die wesentlichen Meinungen in der Gesellschaft repräsentieren, rekrutiert werden. Die Programmbeiratsrichtlinie der Landesmedienanstalten schreibt als zu beteiligende Gruppen die Kirchen, Gewerkschaften, Arbeitgeber, Kunst und Kultur und Erziehungs- und Bildungswesen vor. In persönlicher Hinsicht zeigen sich Schwächen des Beirates. Die Mitglieder sollen zwar laut Programmbeiratsrichtlinie über Sachkunde im Medienbereich verfügen. Untersuchungen unter Mitgliedern der Rundfunkräte haben jedoch ergeben, daß diese sich aufgrund mangelnder Sachkenntnis nicht

³⁹⁴ BVerfGE 73, 118 (175)

³⁹⁵ Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 56

ausreichend in der Lage fühlen, eine Sendung als inhaltlich richtig oder falsch zu beurteilen und Propagandaveranstaltungen zu entlarven. Durch ungenügenden Zeitaufwand der Mitglieder, die berufstätig und in Verbänden gesellschaftlich aktiv sind, entsteht Ineffektivität der Beiratsarbeit³⁹⁶.

Zu kritisieren ist, daß verfahrensmäßige und organisatorische Vorkehrungen gegen Kontrollnichtgebrauch oder -mißbrauch nicht vorhanden sind: Die Programmbeiratsrichtlinie geht nicht über Organisationsvorschriften hinsichtlich der Strukturierung und der Zusammenkünfte des Beirates hinaus. Bisherige Erfahrungen mit pluralistisch aus gesellschaftlich relevanten Gruppen zusammengestellte Gremien zeigen, daß insbesondere bei parteipolitischer Instrumentalisierung des Organs Ausgleichskräfte in hinreichendem Maße nicht aktiviert werden können, um jenen Kontrollfehlgebrauch eindämmen zu können³⁹⁷. Schon in organisationstechnischer Hinsicht besteht ein Defizit, da der dem Programmbeirat gestellte Auftrag seinem Umfang nach kaum zu bewerkstelligen ist. Laut Richtlinie muß er nur viermal im Jahr tagen. Da ist es vorhersehbar, daß in der Regel nur Zeit für Auseinandersetzungen über grundsätzliche Fragen der Programmgestaltung sein wird. Eine ins Einzelne gehende Programmkritik durch Befassung mit konkreten Rechtsverstößen wird so nicht möglich sein.

Besonders problematisch ist freilich in diesem Zusammenhang, daß der Veranstalter selbst die entsendungsberechtigten Gruppen bestimmen kann. Die einzelnen Mitglieder werden zudem auch noch von der Gesellschafterversammlung des Veranstalters durch Mehrheitsentscheid berufen³⁹⁸. So kann sich der Veranstalter durch eigene Einflußnahme auf die Zusammensetzung des Beirats vor echter Kritik schützen. Dadurch wird eine unabhängige Aufsichtstätigkeit unmöglich.

Auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist es undenkbar, daß der zu beaufsichtigende Rundfunkunternehmer die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans selbst bestimmt. Die beabsichtigte Gewaltenteilung kann unter diesen Umständen keine Wirkung entfalten. Der private

³⁹⁶ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, E 22f.

³⁹⁷ Hoffmann-Riem, AöR 1984, 304 (361)

³⁹⁸ Programmbeiratsrichtlinie der Landesmedienanstalten, 2.3, 2.5

Rundfunk soll tendenzfrei ausgestaltet sein bzw. es sollen darin alle in der Gesellschaft vertretenen Tendenzen von Gewicht zu Wort kommen können³⁹⁹. Dies ist die einzige Maßgabe, nach der der Programmbeirat zusammengestellt sein soll. Die zu beteiligenden gesellschaftlichen Gruppen verkörpern an sich ein breites Meinungsspektrum. Durch Einflußnahme auf den Auswahlprozeß kann der Veranstalter jedoch ihm unliebsame Gruppen fernhalten und dadurch bestimmte Meinungen nicht zu Wort kommen lassen.

Die nach dem Bundesverfassungsgericht erforderlichen Organisations- und Verfahrensbestimmungen für eine wirksame binnenplurale Sicherung⁴⁰⁰ sind damit nicht vorhanden. Es ist folglich zweifelhaft, ob von den gesellschaftlich relevanten Gruppen ein kritischer Beitrag zur Meinungsbildung erwartet werden kann.

Die Zweifel an der Effektivität dieses Aufsichtsgremiums aufgrund seiner Zusammenstellung werden bestätigt durch eine Analyse seiner Aufsichtsrechte. Aus § 32 Abs. 3 bis 6 RStV erschließt sich ein Spektrum eher schwacher Einflußmöglichkeiten. Dieses ist zusammengesetzt aus zunächst einem Unterrichtsrecht bezüglich aller Programmfragen, welches mit einem Auskunftsrecht gegenüber der Geschäftsführung korrespondiert. Der Programmbeirat kann Beanstandungen aussprechen, auf die der Veranstalter mit einer Stellungnahme zu reagieren hat. Bei Änderungen der Programmstruktur, der Inhalte oder des Programmschemas ist die Zustimmung des Programmbeirates einzuholen. Wird diese verweigert, so kann der Beirat mit Drei-Viertel-Mehrheit überstimmt werden, was angesichts von möglichem Alleinbesitz kein ernsthaftes Hindernis darstellt⁴⁰¹. Diese Überwachungsmittel zeugen von nur geringer Einflußmöglichkeit. Eine Beeinflussung der Programmgestaltung gestatten sie nicht. Bestenfalls die Beanstandung als repressive Maßnahme könnte wirksamere Einflußnahme versprechen. Doch ist diese nur reiner Selbstzweck, da ihre Nichtberücksichtigung nicht sanktioniert ist. Es erwächst daraus allenfalls moralischer Druck, der jedoch vor dem Hintergrund starker wirtschaftlicher Interessen des werbefinanzierten Rundfunks folgenlos

³⁹⁹ BVerfGE 83, 238 (321)

⁴⁰⁰ BVerfGE 74, 297 (331)

⁴⁰¹ Hesse, Rundfunkrecht, S. 245

bleiben wird. Eine Drohung ist mit der Beanstandung nicht verbunden, da echte durchsetzbare Eingriffsmittel, wie die Weisung oder die Verpflichtung zur Ausstrahlung von ausgleichenden Beiträgen, nicht zur Verfügung stehen. Sie kann daher ohne Konsequenzen mit einer bloßen förmlichen Stellungnahme beantwortet werden.

Die beabsichtigte vielfaltsfördernde Wirkung kann aber nur durch effektive Sanktionsmechanismen und eine Verknüpfung mit der wie beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk existierenden Intendantenverantwortlichkeit erlangt werden. Der Programmbeirat hat keine kompensatorische Wirkung und kann daher nicht als Kontroll-, sondern allenfalls als internes Beratergremium bezeichnet werden.

Die Forderung nach wirkungsvolleren Eingriffsmöglichkeiten ist jedoch ein zweiseitiges Schwert. Denn der private Rundfunk ist vom Prinzip privatautonomer Gestaltung und Entscheidung geprägt⁴⁰². Die Einrichtung eines Programmbeirats muß daher in jedem Fall mit der sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ergebenden Programmfreiheit vereinbar sein und auch sonst verfassungsrechtlich legitimiert sein.

- Auswirkung auf die Programmgestaltungsfreiheit und Bestimmtheit

Bereits während der Verhandlungen zum Rundfunkstaatsvertrag klang verfassungsrechtliche Kritik an der Verpflichtung zur Durchführung vielfaltssichernder Maßnahmen wegen Verletzung der Staatsfreiheit des Rundfunks an⁴⁰³.

Da es keine Verpflichtung zur Modellkonsistenz gibt, ist die Aufnahme binnenpluralistischer Elemente grundsätzlich zulässig. Eine binnenpluralistische Organisation ist nach dem Bundesverfassungsgericht sogar in höherem Maße als eine externe Aufsichtseinrichtung geeignet, gleichgewichtige Meinungsvielfalt zu gewährleisten. Das bedeutet aber nicht, daß die verfassungsrechtlich garantierte Rundfunkfreiheit auch für private Veranstalter eine solche Organisation gebietet. Denn damit wäre die Veranstaltung von Rundfunk um das Element privatautonomer Entscheidung und Gestaltung

⁴⁰² Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, F 13

⁴⁰³ Entstehungsgeschichte, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, B 1, S.

gebracht⁴⁰⁴. Zwar handelt es sich bei der Einrichtung eines Programmbeirates nicht darum, die Veranstaltung privater Programme erheblich zu erschweren oder gar unmöglich zu machen. Doch muß deren Zulässigkeit an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sein. Wenn es sich im Lande um nur einen Veranstalter handeln würde, der alleinigen Meinungseinfluß ausübt, so bedürfte es zur Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht einer Sicherung wie der Einrichtung eines Programmbeirates, dem wirksamen Einfluß auf das Programm zukommt. Solange aber mehrere Anbieter privater Fernsehprogramme miteinander konkurrieren, sind die Sicherungen als ausreichend zu erachten⁴⁰⁵. Binnenpluralistische Vorkehrungen sind im privaten Rundfunk zwar zulässig, wenn dadurch Angebotsmängel entweder technischer Natur oder bezogen auf die Veranstalterzahl ausgeglichen werden sollen. Beides ist jedoch in der gegenwärtig existierenden Rundfunklandschaft in ausreichendem Maße vorhanden. Hinzu kommt, daß an die inhaltliche Angebotsbreite im privaten Rundfunk nicht so hohe Anforderungen gestellt werden dürfen, da er sich ja aus der Werbung finanziert und massenattraktive Programme ausstrahlen muß⁴⁰⁶. Ausgewogenheit im privaten Rundfunk durch binnenpluralistisches Programmangebot herzustellen, soll daher nur dann zulässig sein, wenn es sich um eine Unausgewogenheit in hohem Maße handelt⁴⁰⁷. Fraglich ist jedoch, wie diese quantifiziert werden kann und wem sie anzulasten ist. Bei einer außenpluralistisch organisierten Rundfunkstruktur kann nicht ein einzelner Veranstalter dafür verantwortlich gemacht werden, wenn Angebotsdefizite bestehen. Dieses Defizit kann sich bei dieser Prämisse nur aus einer Gesamtschau der Programme aller privaten Rundfunkveranstalter ergeben. Es dürfte daher bei der Einrichtung des Programmbeirates keine Orientierung an dem Zuschauermarktanteil des einzelnen Unternehmens geben. Auch wenn dieses Unternehmen die 30-Prozent-Grenze überschritten hat, eröffnet der Veranstalter eventuell dennoch die Möglichkeit des innerprogrammlichen Diskurses. Dann aber kann diesem Programm nicht der Vorwurf einer einseitigen Propagandaveranstaltung gemacht werden, was jedoch Voraussetzung für die Einrichtung einer binnenpluralen Sicherung ist. Auch

⁴⁰⁴ BVerfGE 73, 118 (171)

⁴⁰⁵ Ebd. S. 175

⁴⁰⁶ Ebd. S. 157

⁴⁰⁷ BVerfGE 74, 297, 329

Ausgewogenheitspflichten, die durch verschiedene Rundfunkgesetze den privaten Veranstaltern auferlegt werden, reichen nicht aus, da nicht geregelt ist, welchen von mehreren Veranstaltern welche Pflichten mit welchem Inhalt und zu welchem Anteil treffen⁴⁰⁸.

Schon unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich Verfassungswidrigkeit wegen unzulässigen Eingriffs in die Programmautonomie des Veranstalters.

Doch auch in weiterer Hinsicht sind verfassungsrechtliche Probleme zu verzeichnen.

Es ist unklar, woran sich der Programmbeirat bei seiner Tätigkeit orientieren soll. § 32 Abs. 1 RStV formuliert lapidar, daß er zur Sicherung der Meinungsvielfalt und Pluralität im Programm beitragen soll. Diese Richtungsweisung stellt aber noch keinen kontrollgeeigneten Maßstab dar, der auf das Problem der Kontrolle des Programmangebots in einer außenpluralen Rundfunkordnung i. S. einer Ausgewogenheit des Gesamtprogramms abgestimmt ist. Bei einem Eingriff in die Programmautonomie der Veranstalter müssen jedoch an die Bestimmtheit der zugrundeliegenden Vorschriften besonders hohe Anforderungen gestellt werden, denen hier nicht Rechnung getragen wurde.

Die Kontrollmaßstäbe könnten in lockerer Anlehnung von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkräten übernommen werden.

Ein Vergleich beider Aufsichtsgremien zeigt jedoch die Problematik solchen Ansinnens. Zunächst ist die Wahrnehmung der Kontrollaufgaben in den öffentlich-rechtlichen Anstalten strukturbedingt einfacher. Es gibt hier eine Vielzahl von Verschränkungen im Organisations-, Personal- und Haushaltsbereich, die es einem internen Gremium erleichtern, für ein pluralismussicherndes Gleichgewicht der unterschiedlichen Einflußfaktoren zu sorgen. Einblicke in den Binnenbereich der autonomen Veranstalter sind für den verordneten Programmbeirat dagegen nur punktuell möglich. Denn er ist nicht wirklich in die Binnenstruktur einbezogen, sondern nur ein Ableger der externen Kontrolle durch die Landesmedienanstalten. Im Gegensatz zu den Rundfunkräten, die Meinungsfreiheit ausüben, hat er

⁴⁰⁸ Hoffmann-Riem, AöR 1984, 304 (362)

meinungsfreiheitbeschränkenden Charakter⁴⁰⁹. Zwar wirkt der Programmbeirat daran mit, daß die Rundfunk- und Meinungsfreiheit nicht beeinträchtigt wird. Auch wenn die ihm eingeräumten Rechte teilweise präventiver Natur und im Vorfeld der Programmgestaltung angesiedelt sind, handelt es sich bei der Einrichtung des Beirates dennoch um eine staatlich verordnete repressive Maßnahme zur Sicherung der Meinungsvielfalt. Es ist daher unerläßlich, diese Funktion nur bei ausreichender Legitimation ausüben zu lassen⁴¹⁰. An der Legitimation von Massenverbänden für eine die Meinungsfreiheit beschränkende Aufgabe sind dagegen erhebliche Zweifel anzumelden. Grundsätzlich muß sich gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG jedes Mitglied eines Kollegialorgans auf eine ununterbrochene Kette individueller Berufungsakte zurückführen lassen, an deren Anfang das Staatsvolk oder ein Teil dessen stehen muß. Solche stellen Massenverbände aber nicht dar. Denn anders als bei einem Teilvolk müssen nicht alle Personen der relevanten Gruppe angehören. Damit können diese auch nicht als Ausgangspunkt demokratischer Legitimation dienen⁴¹¹.

Die Einrichtung von Programmbeiräten als vielfaltssichernde Maßnahme bei privaten Rundfunkveranstaltern ist daher mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar⁴¹². Es liegt ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsprinzip vor, wonach Wesentliches, wenn auch nur in Grundzügen, vom Gesetzgeber selbst zu regeln ist. Ein Eingriff in das Recht der Programmgestaltungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, dessen Ausübung der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe Rundfunk dient, ist als wesentlich zu erachten.

Zudem mangelt es an der Möglichkeit einer unabhängigen Kontrolle durch die Beiratsmitglieder.

Die Einrichtung von Programmbeiräten nach der geregelten Vorgehensweise bei privaten Fernsehunternehmen ist verfassungsrechtlich unzulässig, denn sie stellt einen Eingriff in die Programmfreiheit der Rundfunkveranstalter dar und ist nicht geeignet, der freien Meinungsbildung zu dienen.

⁴⁰⁹ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, B Rn. 150ff.

⁴¹⁰ BVerfGE 73, 118 (170); Vahrenhold, Privatsfunkaufsicht, S. 134

⁴¹¹ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 II, Rn. 53, 58

⁴¹² Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, D Rn. 60

(3) Schlußfolgerung für die Regelung vielfaltssichernder Maßnahmen

Durch den Vorschlag an die betroffenen Veranstalter, vielfaltssichernde Maßnahmen zu ergreifen, soll ein Beitrag zur Erhaltung von Pluralität im Programm geleistet werden. Es wurde der Versuch gemacht, die externe Kontrolle durch binnenpluralistische Elemente zu ergänzen.

Die vielfaltssichernden Maßnahmen sind zwar unter Eingriffsgesichtspunkten betrachtet gegenüber dem Entzug der Zulassung als mildere Mittel anzusehen, aber nicht gleichermaßen geeignet, die Meinungsvielfalt zu sichern. Insofern ergeben sich auch erhebliche Bedenken hinsichtlich der Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes: Wenn die hier besprochenen Maßnahmen zur Vielfaltssicherung ungeeignet sind, können sie nicht als rechtmäßige Alternative zu Entflechtungsmaßnahmen bzw. Zulassungsentzug gelten. Geht man davon aus, daß letztere Mittel einen wirklichen Beitrag zu Vielfaltssicherung leisten, so liegt gegenüber den Veranstaltern, mit denen die KEK keine Einigung über das Ergreifen vielfaltssichernder Maßnahmen herbeiführen konnte, eine Ungleichbehandlung vor. Denn bei Erfüllung der gleichen Tatbestandsvoraussetzungen - Überschreiten der 30-Prozent-Grenze und damit Erlangen vorherrschender Meinungsmacht - fällt der Eingriff in die Rundfunkfreiheit ungleich stärker aus, da eine Veranstaltung von Rundfunk nur noch sehr eingeschränkt bzw. gar nicht mehr möglich ist.

Die Einrichtung eines Programmbeirates ist wegen der zu erwartenden Ineffektivität und verfassungsrechtlichen Probleme abzulehnen. Demgegenüber birgt die Möglichkeit der Abgabe von Sendezeiten an unabhängige Dritte Ansatzpunkte, auf die später zurückzukommen sein wird.

4. Sanktionen

Im Zulassungsverfahren und im Verfahren der laufenden Kontrolle zielen die Sanktionen auf die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung⁴¹³. Ähnlich wie die repressiven Eingriffsmittel haben auch die Sanktionen berichtenden

⁴¹³ Dörr, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 398

Charakter. Doch gehen sie über die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands hinaus, indem sie zusätzlich „Straf“- und Warnfunktion haben⁴¹⁴. Der Rundfunkstaatsvertrag bedient sich zunächst verwaltungsverfahrenrechtlicher Sanktionen. Darüber hinaus dienen Ordnungswidrigkeitstatbestände der mittelbaren Erzwingung von Mitwirkungshandlungen.

a) Verwaltungsverfahrenrechtliche Sanktionen

Instrumente, die im Verfahren Auswirkungen auf das Bestehen der Zulassung haben, sind verwaltungsverfahrenrechtliche Sanktionen. Die zu befürchtende Ablehnung des Zulassungsantrags (bzw. der Widerruf) der Zulassung stellt die stärkste Form der Motivation zur Mitwirkung dar, weshalb sanktionierende Regelungen zugleich der Verfahrensbeschleunigung dienen. Die für die Bearbeitung des Antrags benötigten Informationen müßten die Landesmedienanstalten sich auf deutlich umständlichere andere Weise beschaffen. Das führt zur Ausdehnung des Verfahrens. Die Beteiligten haben bei über ihnen schwebender Gefahr der Ablehnung des Antrags ein unmittelbares eigenes Interesse an der zügigen und vollständigen Beibringung der Beweismittel.

Eine verwaltungsverfahrenrechtliche Sanktion für die Verletzung der Mitwirkungspflicht im Verfahren der Konzentrationskontrolle verhängt § 21 Abs. 5 RStV. Danach kann der Zulassungsantrag abgelehnt werden, wenn der Antragsteller nach Fristsetzung seinen Auskunfts- und Vorlagepflichten bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnisse nicht nachkommt. Vorausgesetzt ist, daß die zuständige Landesmedienanstalt den Betreffenden zur Mitwirkung aufgefordert hat. Die Vorschrift stellt eine Beweislastregel auf. Sie bewirkt eine Umkehr der Darlegungslast. Voraussetzung für eine solche Regel ist, daß die Beweisführung der an sich zuständigen Behörde durch die unterlassene Mitwirkung des Antragstellers (oder eines Beteiligten) vereitelt oder erschwert wird. Dann endet die Verpflichtung zur Aufklärung durch die Behörde dort, wo ein Beteiligter seiner Pflicht nicht nachkommt. Sie darf den unvollständig festgestellten Sachverhalt

⁴¹⁴ Vahrenhold, Privatfunkaufsicht, S. 36

zugrunde legen und den Antrag ohne weiteres ablehnen⁴¹⁵. Die Vorschrift räumt der zuständigen Landesmedienanstalt Ermessen ein. Dadurch wird die Regelung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht. Danach muß eine gesetzliche Maßnahme nicht nur erforderlich und geeignet zur Erreichung des Zwecks - einer effizienten medienrechtlichen Kontrolle - sein, sondern auch zumutbar für den Betroffenen. Das Mittel und die damit verbundenen Belastungen müssen für den Bewerber in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck stehen⁴¹⁶. Denn wenn es im Ergebnis auf die angeforderten Unterlagen nicht ankommt, läge bei Ablehnung des Zulassungsantrages ein unzumutbarer Eingriff in die Rechte des Antragstellers vor. Allein der formale Verstoß kann eine verwaltungsverfahrensrechtliche Sanktion nicht begründen⁴¹⁷. Denn schon in der Bewerbungssituation steht dem potentiellen Veranstalter der Grundrechtsbeachtungsanspruch zu, der ihn gegen willkürliche und nicht erforderliche Maßnahmen schützen soll. Ähnliches gilt für die Sanktion, die § 29 S. 4 RStV aufstellt. Die Vorschrift des § 29 RStV erlegt dem Veranstalter oder dessen Beteiligten die Pflicht auf, Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen anzuzeigen. Die Veränderung darf vollzogen werden, wenn die zuständige Landesmedienanstalt diese als unbedenklich bestätigt. Bei Vollzug der Änderung ohne Anzeige ist für den Fall der fehlenden Unbedenklichkeit die Zulassung zu widerrufen. Die Vorschrift ist angelehnt an die Regelung in § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Danach kann ein Verwaltungsakt widerrufen werden, wenn die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen. Es muß sich dabei um die nachträgliche Änderung solcher Verhältnisse handeln, die den Erlass des Verwaltungsakts getragen haben. Die Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts müßte unter diesen geänderten Umständen zu einer Gefährdung des öffentlichen Interesses führen⁴¹⁸. Die hier mitzuteilenden Beteiligungsveränderungen betreffen die materielle Seite der Fusionskontrolle. Wenn eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse ohne vorherige Anzeige vollzogen wird, die schließlich zu vorherrschender Meinungsmacht führt, so resultiert daraus eine Gefahr

⁴¹⁵ Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 26, Rn. 48, 52

⁴¹⁶ Stockmann, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 455

⁴¹⁷ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 21, S. 13

⁴¹⁸ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49, Rn. 59

für die Öffentlichkeit, deren Recht auf freie Meinungsbildung eingeschränkt wird. Es kommt nur auf das Ergebnis der materiellen Prüfung und nicht lediglich auf die formale Pflicht des Veranstalters an⁴¹⁹. Die Sanktion wird nicht isoliert an die unterlassene Mitwirkung geknüpft, sondern aufgrund der medienrechtlichen Bedenklichkeit (i. S. v. § 26 RStV) verhängt.

b) Ordnungswidrigkeitstatbestände

Ordnungswidrigkeitstatbestände finden sich in § 49 RStV. Der bisher existierende Katalog wurde unter anderen um Tatbestände erweitert, die sich auf neu eingefügte Pflichten der Beteiligten beziehen. So sind die Verletzung von verschiedenen Anzeige- und Anmeldepflichten bei Beteiligungsveränderungen (§ 49 Abs. 1 Nr. 17, 18, 21 RStV) und die Nichtbekanntmachung des Jahresabschlußberichts (§ 49 Abs. 1 Nr. 19 RStV) und der Programmbezugsquellen (§ 49 Abs. 1 Nr. 20 RStV) als Ordnungswidrigkeiten eingestuft. Das Verhalten des Veranstalters nimmt dadurch nicht isoliert und automatisch auf das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens Einfluß, sondern ist Ermittlungsgegenstand eines anderen Verfahrens, des Bußgeldverfahrens⁴²⁰. Die Einordnung der Verletzung von bestimmten Mitwirkungspflichten als Ordnungswidrigkeit trägt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung. Denn der Entzug der Genehmigung oder deren Nichterteilung für einen Anbieter, der Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt, verstößt in den meisten Fällen gegen das Übermaßverbot⁴²¹. Denn unterlassene Mitwirkungshandlungen verzögern und erschweren den Ermittlungsprozeß, machen ihn aber nicht unmöglich. Hier stellt der mittelbare Zwang durch die Einordnung als Ordnungswidrigkeit das mildere und effektivere Mittel zur Durchsetzung der Pflichten bei. Denn die Pflichtwidrigkeit als solche stellt wegen der den Veranstaltern zustehenden Programmfreiheit keinen Grund zur Nichterteilung oder zum Widerruf der Zulassung dar⁴²², sondern rechtfertigt allenfalls die Durchführung eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens.

⁴¹⁹ Dörr, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 371

⁴²⁰ Ebd. S. 372

⁴²¹ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 49, S. 11

⁴²² Dörr, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 371

Den Kontrollbehörden obliegt ungeachtet schwieriger Umstände gleichwohl die Aufklärung des Sachverhalts. Ausgenommen sind die speziell geregelten Fälle, in denen die Behörde nur unter ungleich schwereren Bedingungen als der Antragsteller den Sachverhalt aufklären kann (vgl. die Sanktion des § 21 Abs. 5 RStV).

Die Einführung von weiteren Tatbeständen in § 49 zeugt darüber hinaus von der Einsicht, daß andere Maßnahmen unpraktikabel sind⁴²³. So wurde im Vorfeld des Vertragsabschlusses mehrfach gefordert, die Befolgung der Mitwirkungspflichten mittels Verwaltungszwangs durchzusetzen⁴²⁴. Die Zwangsmittel des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (§ 9 VwVG) sind hier jedoch schwer anwendbar: Es käme allenfalls die Verhängung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung von Mitwirkungshandlungen nach § 11 VwVG in Frage. Einfacher ist die Durchführung eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens mit der Folge der Verhängung eines Bußgeldes⁴²⁵. Die Bußgeldbewehrung trägt zu effektiverer Durchsetzung der Pflichten bei und vermag dadurch ähnlich gelagerten künftigen Verstößen vorzubeugen⁴²⁶.

V. Zwischenergebnis

Die KEK und die Landesmedienanstalten haben bei der Kontrolle der privaten Rundfunkveranstalter ein genau normiertes Verfahren einzuhalten. Der nach vorheriger Rechtslage geltende breite Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum für die Zulassungsstellen wurde eingeschränkt. Dies ist der Tatsache geschuldet, daß die Veranstalter einen Grundrechtsbeachtungsanspruch geltend machen können, der sie sowohl in der Bewerbungssituation als auch bei Verlängerungsanträgen schützt. Um Konzentrationstendenzen vorzubeugen und so die Freiheit der Meinungsbildung zu erhalten, sind aber auch die Veranstalter in der Pflicht. Ihnen werden daher weitgehende Mitwirkungspflichten auferlegt. Aus diesem Grund kann das Verfahrensrecht als Umsetzung der Forderung des Bundesverfassungsgerichts, die Rundfunkfreiheit durch

⁴²³ ebd.

⁴²⁴ Henle, in; Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 98; Dörr, ebd., S. 398; Stockmann, ebd., S. 460f.

⁴²⁵ Dieses kann nach § 49 Abs. 2 bis zu 500.000 DM hoch sein.

⁴²⁶ Clausen-Muradian, ZUM 1997, 800 (804)

das Verfahren zu schützen, betrachtet werden. Einzig die Kompetenzverteilung zwischen Landesmedienanstalten, KEK und KDLM ist in der vorliegenden Ausprägung nicht zu befürworten. Denn das System der lediglich vermittelten Zuständigkeiten für die KEK ist einer unabhängigen Konzentrationskontrolle hinderlich. Insbesondere in Zusammenhang mit der materiellen Prüfungspflicht, deren Umfang nicht bestimmt genug ist, ist eine Aufklärung der Tatbestände schwierig.

§ 5 Änderungsvorschläge

Eine kurze Gesamtbetrachtung der vorangegangenen Kapitel ergibt, daß das im Rundfunkstaatsvertrag geregelte Kontrollmodell mehrere Schwächen aufweist.

Das Grundproblem besteht darin, daß eine Regelung, die vorherrschende Meinungsmacht allein anhand eines Zuschauermarktanteils von 30 % beurteilen will, gerichtet auf eine Vielfalt der Meinungen keine Wirkungen entfalten kann. Sie läßt eine zweifellos hohe Konzentration auf drei Anbieter zu. Die 30-Prozent-Regelung hat bisher noch in keinem Fall Anwendung gefunden und ein Anwendungsfall ist auch nicht absehbar. Vor allem aber ist sie wirkungslos in Zusammenhang mit den vorgesehenen Sanktionen wie der Drittsendeverpflichtung und der Einrichtung eines Programmbeirates.

Dreh- und Angelpunkt der Situation auf dem Fernsehmarkt ist jedoch die Ausweitung der Aktivitäten der Fernsehveranstalter auf andere medienrelevante verwandte Märkte. Es gibt ein großes Angebot an klassischen Medien, die durch neue Informationsmöglichkeiten z. B. durch das Internet ergänzt werden. Alle stehen im Wettbewerb um den Rezipienten und es sind Konzentrationsprozesse zur Ausnutzung von Synergien im Gange und weiterhin absehbar und unvermeidlich. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, daß die Vielfalt im Fernsehen gerade auch im Hinblick auf die fortschreitende vertikale und horizontale Verflechtung von Fernsehveranstaltern gesichert werden muß⁴²⁷. Die derzeitigen Regelungen zur Cross-Ownership sind aber aufgrund ihrer Unbestimmtheit und ihrer Koppelung an die Zuschaueranteile unzureichend. Sie werden der rechtspolitischen Bedeutung des Themas nicht gerecht.

⁴²⁷ BVerfGE 95, 163 (173)

Besonders der Mangel an Regulierung für das im Aufbau begriffene digitale Fernsehen stellt eine Abkehr von der verfassungsrechtlich geforderten vorbeugenden Konzentrationskontrolle dar. Erforderlich ist daher eine Regelung zur Begrenzung der Inhaberschaft von Multiplexen (digitale Kabelanlagen), denn die Privatisierung von Übertragungswegen wird vom Bundesverfassungsgericht ebenfalls als für die Vielfalt bedenklich eingestuft⁴²⁸.

Schließlich ist auch die Zuständigkeitsregelung mit der KEK als gemeinsamem Organ der Landesmedienanstalten nicht zu befürworten. Die komplizierte Verteilung der Kompetenzen rief in der Vergangenheit Mißverständnisse hervor, die zu Lasten der Sachaufklärung gehen. Die Vorwürfe an die KEK sind vielfältig: Sie würde ihre Kompetenzen überschreiten, an gleiche Sachverhalte unterschiedliche Maßstäbe anlegen, die Verfahren schleppend bearbeiten und dadurch den technologischen Fortschritt blockieren. Ihre Tätigkeit sei von übermäßig großem bürokratischem Aufwand geprägt⁴²⁹.

Demgegenüber ist auch die KEK nicht frei: Sie kann nur durch die zuständige Landesmedienanstalt handeln und ist darin von dieser abhängig. Das oftmals fehlende Einverständnis innerhalb der Kontrollbehörden ist der Sicherung der Meinungsvielfalt sicher nicht zuträglich. Die Schaffung eines punktuell unabhängigen Organs wie der KEK hat nicht die Effektivität gebracht, die davon erhofft wurde. Statt dessen ist ein Mehr an Verwaltungsaufwand entstanden und zur Verweigerung der Mitwirkung der betroffenen Veranstalter die Blockade der Tätigkeit der KEK durch die Landesmedienanstalten getreten.

Da das Grundgesetz auf ein bestimmtes Modell zur Rundfunkkontrolle nicht festgelegt ist, das Bundesverfassungsgericht aus verfassungsrechtlichen Gründen an der Forderung nach Regulierung festhält, werden im folgenden Alternativvorschläge zur derzeitigen Regelung unterbreitet und untersucht.

Im ersten Schritt befaßt sich die Untersuchung mit den Möglichkeiten der Änderung des materiellen Konzentrationsrechtes und im Anschluß daran wird die Frage der Zuständigkeiten diskutiert werden.

⁴²⁸ Ebd.

⁴²⁹ Rede des Leiters der Bayerischen Staatskanzlei, Erwin Huber, zur Eröffnung des Gebäudes der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien am 11. Nov. 1998

I. Möglichkeiten zur Änderung der inhaltlichen Ausgestaltung der Vielfaltskontrolle im Fernsehen

Als Alternativen zur derzeitigen Regelung bieten sich folgende an: das Herabsenken der Zuschauermarktanteilsgrenze, deren Beibehaltung unter verstärkter Kontrolle, die Koppelung von qualitativen und quantitativen Aspekten des Nutzungsverhaltens oder als Gegenpol dazu die Deregulierung.

1. Deregulierung

Deregulierung wird hier verstanden im Sinne einer Entbehrlichkeit spezieller rundfunkrechtlicher Vorschriften. Häufiger wird die Auffassung vertreten, daß eine Regulierung für den privaten Fernsehsektor ganz wegfallen könne, weil eine Regelung über den Markt effektiver sei als eine Kontrolle durch den Staat⁴³⁰. Die Kontrolle der Konzentration im Medienbereich müßte dann von den Kartellbehörden übernommen werden.

Das Verhältnis von Kartellrecht und Rundfunkrecht wird seit der Einführung des dualen Systems in Rundfunkbereich kontrovers diskutiert. Wegen seiner Funktion als Wirtschaftsgut ist der Rundfunk auch Gegenstand des Wettbewerbsrechts. Der Rundfunkstaatsvertrag enthält neben medienspezifischen Bestimmungen auch kartell- und aktienrechtliche Regelungen, die ohne Blick auf das Wettbewerbsrecht Anwendungsschwierigkeiten hervorrufen. Aufgabe des Kartellrechts ist es, die Märkte offen zu halten. Marktveränderungen durch künstliche, nicht marktgesteuerte Verschiebungen, etwa durch Unternehmenskäufe oder -verträge sollen verhindert werden. Das Kartellrecht reagiert nur auf Störungen des Marktes wohingegen das Rundfunkrecht auf positive Steuerung angelegt ist. Soweit der Zugang für Neulinge auf dem

⁴³⁰ So ein Vorschlag des Präsidenten des Bundeskartellamtes, Dieter Wolf im Tagesspiegel v. 1. Juni 1999; auch der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium setzt auf Schutz lediglich durch das Kartellrecht, vgl. Süddeutsche Zeitung v. 19. Nov. 1999; die Bundesländer selbst erwägen hin und wieder solcherart gelagerte Vorschläge, siehe Süddeutsche Zeitung v. 21. September 2000

Fernsehmarkt offengehalten werden soll, decken sich die Ziele des Medienrechts mit denen des Wettbewerbsrechts. Der Charakter des Rundfunks als Wirtschaftsgut tritt jedoch hinter dem als Medium und Faktor der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung zurück. Es bedarf daher einer speziellen rundfunkrechtlichen Ordnung.

Die Tätigkeit der Kartellbehörden ist gleichwohl nicht entbehrlich für die Rundfunkkontrolle. Denn insbesondere wenn es um die Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem medienrelevanten verwandten Markt geht, haben deren Entscheidungen Tatbestandswirkung für die Feststellung vorherrschender Meinungsmacht. Doch ersetzt die Prüfung der Zulassungsanträge nach dem Wettbewerbsrecht nicht die nach den Konzentrationsvorschriften des Rundfunkstaatsvertrages. Jede Regulierung muß immer dahingehend untersucht werden, ob sie zur Erreichung des Freiheitsziels geeignet ist⁴³¹. Der Zielwert des Rundfunkrechts ist nach dem Grundgesetz und höchstrichterlicher Rechtsprechung ein anderer als der des Wettbewerbsrechts: Es geht darum, Empfängerfreiheit zu gewährleisten, und nur nachrangig darum, den Unternehmern ihre Freiheit zu erhalten. Gesichtspunkte der Effektivität und Transparenz sprechen sicher dafür, die Prüfung der Entwicklungen auf dem sich schnell entwickelnden Markt der neuen elektronischen Medien zu bündeln. Doch können diese auch bei der Rundfunkkontrolle nicht außer Acht gelassen werden, denn sie haben großen und wachsenden Einfluß auf die Meinungsmacht eines Fernsehunternehmens und müssen daher Berücksichtigung finden.

Ferner würde die Auslagerung der Prüfung vorherrschender Meinungsmacht auf die Kartellbehörden einen Kompetenzverlust für die Länder bedeuten, denn das Wettbewerbsrecht fällt in den (konkurrierenden) Zuständigkeitsbereich des Bundes, Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG. Prägendes Strukturmerkmal bei Veränderungen muß daher die föderale Rundfunkordnung sein.

Eine Deregulierung des Rundfunks ist vor diesem Hintergrund nicht zu befürworten. Welches Regulierungsmodell am ehesten geeignet erscheint, der Situation auf dem deutschen Fernsehmarkt gerecht zu werden und Konzentrationstendenzen entgegenzuwirken, soll nachfolgend thematisiert werden.

⁴³¹ Grimm, in: epd medien Nr. 65 v. 21. Aug. 1999

2. Kombination von qualitativen und quantitativen Aspekten

Aufgrund der Erkenntnisse der Medienwirkungsforschung gelangt man zu der Einsicht, daß jeglicher Durchschnittswert von Zuschauermarktanteilen, sei die Grenze nun bei 15 oder 30 % angelegt, der Vielfältigkeit des Zuschauerverhaltens nicht gerecht werden kann⁴³². Es existieren keine Erfahrungswerte, um von einem Durchschnittszuschaueranteil eines Fernsehsenders auf dessen Ausübung von Marktmacht zu schließen⁴³³. Die Stellung von Programmen auf dem Fernseh Zuschauermarkt wird durch eine Fülle von Faktoren beeinflusst. Realistisch lassen sich Leistungen von Programmen nur durch eine Kombination quantitativer und qualitativer Aspekte der Fernseh Zuschauerforschung vergleichen. Die Zahlen, die durch die telemetrische Zuschauerbefragung ermittelt wurden, müßten durch eine Inhaltsanalyse des Wahrgenommenen ergänzt werden.

Zur Erforschung des Inhalts müssen die zentralen Dimensionen der Programme zuverlässig erfaßt werden. Die Bewertung der Programme kann am Maßstab von Programmqualitätskriterien vorgenommen werden. Die Qualität von Programmen ist eine Eigenschaft, die bestimmten Normen in einem Wertsystem entspricht⁴³⁴. Dieses Wertsystem bilden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Rundfunkordnung, die durch das Rundfunkrecht der Länder ausgestaltet sind. Den Kern bilden das Gebot der Vielfalt (§ 25 Abs. 1, § 41 Abs. 2 RStV), der journalistischen Professionalität (§ 41 Abs. 3 RStV) und der Rechtmäßigkeit (§ 41 Abs. 1 RStV).

Das Vielfaltskriterium bezieht sich auf die Struktur und den Inhalt des Programmangebots. Das Messen struktureller Vielfalt, also unterschiedlicher Programmsparten und Programmformen, läßt sich leicht vornehmen. Denn die Programmsparten und -formen sind unschwer voneinander zu unterscheiden und sind zahlenmäßig erfaßbar. Schwieriger stellt sich das Erfassen inhaltlicher Vielfalt dar. Hier stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung der verschiedenen

⁴³² Kaase, in: Zuschaueranteile, S. 40

⁴³³ Renck-Laufke, ZUM 2000, 105 (108)

⁴³⁴ Schatz/Schulz, MP 1992, 690

Lebensbereiche betreffenden Ereignisse, Informationen und Themen aus dem Blickwinkel verschiedener Interessenschwerpunkte. Deren Wiedergabe im Programm kann nach unterschiedlichsten Gesichtspunkten beurteilt werden. Als Beispiele genannt seien hier nur die Wirkungsintensität des verbreiteten Sachverhalts, die Nähe der wahrnehmenden Person zum dargestellten Ereignis, dessen Wertigkeit für und die Nachhaltigkeit seiner Wirkung auf diese Person. Schwierigkeiten für die Erfassung der inhaltlichen Vielfalt durch Befragung der Zuschauer ergeben sich bereits daraus, daß die Normen, Werte, Interessen, die Problemsensibilität und das Hintergrundwissen der Rezipienten verschieden sind. Auch das Umfeld der zu befragenden Person müßte einbezogen werden. Das ist praktisch nicht realisierbar, denn die Reflexionen einer Person zu einer Wahrnehmung lassen sich weder mit verhältnismäßigem Aufwand ermitteln noch darstellen. Um diesem Problem auszuweichen, könnte die Einschätzung von Programmqualität den verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen, der wissenschaftlichen Öffentlichkeit (Geistes- und Sozialwissenschaften) oder der Film- und Fernsehkritik übergeben werden. Dadurch ergäbe sich das weitere Problem, daß jede dieser Gruppen nach anderen Kriterien beurteilt und Interessenneutralität und autonomes Handeln nicht uneingeschränkt zu erwarten wären⁴³⁵. Die erforderliche Objektivität der Ergebnisse wäre damit nicht gewährleistet.

Journalistische Professionalität wird vom Rundfunkstaatsvertrag zwar nur in Zusammenhang mit Berichterstattung und Informationssendungen erwähnt. Doch erstreckt sich dieses Erfordernis auch auf Produktionen mit künstlerischem Anspruch. Die Charakteristika journalistischer Professionalität lassen sich unschwer in Worte fassen: Im Mittelpunkt stehen Vollständigkeit, Sachlichkeit, Richtigkeit und Neutralität, grob zusammengefaßt als Objektivität⁴³⁶. Diese Kriterien lassen sich dagegen schwer einschätzen, geschweige denn graduell einordnen⁴³⁷. Schwierig festzulegen ist auch hier der Blickwinkel der Beurteilung. Professionalitätsstandards können aus der Perspektive der Programmproduzenten und -beteiligten, der Perspektive des

⁴³⁵ Ebd. S. 698ff.

⁴³⁶ Schulz, in: Massenkommunikation, S. 333

⁴³⁷ Ebd., S. 334

Laienpublikums oder der der professionellen Programmebeobachter begutachtet werden⁴³⁸.

Vergleichsweise einfach ist dagegen die Überprüfung der Einhaltung der Rechtsvorschriften: Verstöße gegen die Vorschriften werden als Mangel an Qualität eingestuft, die beim Publikum Schäden verursachen können. Doch stößt eine Gewichtung der Verstöße auf Schwierigkeiten, denn nicht alle sind in gleicher Intensität schädlich.

Eine Beurteilung aller drei Aspekte der Programmqualität würde problembehaftet sein. Um in ein Grenzwertsystem eingeordnet werden zu können, muß die Bewertung von Vielfalt, Professionalität und Rechtmäßigkeit als qualitativer Kennwert in einer Skala darstellbar sein. Das Erscheinungsbild des Programms müßte daraufhin überprüft werden, bis zu welchem Grad es der Norm entspricht. Es ist schon fraglich, wer die Norm definieren sollte, vgl. oben. Voraussetzung dafür wären auch Grundlagenstudien über die Bedürfnisse des Publikums, die in Deutschland bisher wenig Beachtung gefunden haben. Orientiert am Ziel der Empfängerfreiheit ist es nur konsequent, das Urteil des Publikums zu ermitteln. Denn die Zuschauerzahlen werden täglich gemessen und sind bereits Grundlage des Rundfunkkontrollmodells. Nur dann ließe sich ein Zusammenhang zwischen Programmeigenschaften und Akzeptanz durch das Publikum erkennen, der die Ableitung einer Skala für Programmqualität ermöglichte.⁴³⁹ Derartige Untersuchungen sind sehr aufwendig, denn Medienwirkungen sind stark von Zusatzbedingungen abhängig, die in einem langwierigen Prozeß aufgeklärt und beständig aktualisiert werden müßten. Schließlich müßten die Zuschauer als Einzelpersonen ihr Urteil abgeben. Um die Belastung der befragten Personen zu minimieren, könnte das Urteil nur sehr schematisch und nicht differenziert ausfallen. Die Beurteilung könnte sich nur auf Einzelprogramme beziehen. Wenn die Programme in der Einzelbetrachtung jeweils eine vielfältige Struktur aufweisen sollten, kann es gleichwohl Mängel im Gesamtangebot geben. Denn ein ähnliches zur gleichen Zeit angebotenes Programm führt zu einem Mangel an Vielfalt wegen fehlender Wahrnehmungsmöglichkeit. Die gegenseitige Beeinflussung der Programme und deren Annäherung

⁴³⁸ Schatz/Schulz, MP 1992, 690 (702)

⁴³⁹ Ebd. S. 706f.

aneinander sind durch Einzelprogrammbewertung nicht aufklärbar. Strukturelle Vielfalt im Gesamtangebot kann nicht beurteilt werden, ohne die Konvergenzen zu berücksichtigen. Die für repräsentative Erhebungen erforderliche hohe Kontrolldichte⁴⁴⁰ ist auf diese Weise nicht erreichbar und würde zur Fehlerhaftigkeit des Ergebnisses einer Qualitätskontrolle führen. Das würde die Meßergebnisse angreifbar machen. Vor allem ist es nicht möglich, auch nur einem einzelnen Programm für Mängel im Gesamtprogramm ein Negativattest auszustellen. Dies würde einen Eingriff in die Programmgestaltungsfreiheit des Veranstalters darstellen. Aufgrund dessen ist die Herstellung eines Konsenses zum Aufbau eines solchen Anlaysemodells sehr unwahrscheinlich⁴⁴¹. Auch verbinden die verschiedenen Beteiligten unterschiedliche Interessen mit einer Programmanalyse, zumal, wie oben kurz gezeigt, die Beurteilungsperspektive nicht geklärt ist. Der Einschätzung der Qualität stünde immer der Vorwurf mangelnder Neutralität gegenüber. Nicht nur forschungspraktische, sondern auch finanzielle Argumente sprechen gegen die Messung von Programmqualität. Die Kosten stünden dabei in keinem Verhältnis zum Nutzen.

Bei praktischer Durchführbarkeit würde dieses Konzept einer realistischen Vielfaltskontrolle am nächsten kommen. Denn das gesellschaftspolitische Potential von Programmen erschließt sich erst, wenn die Inhaltsanalyse aufgrund der Wahrnehmung durch die Zuschauer mit den Zuschauerzahlen kombiniert ausgewertet wird.

Aufgrund der nur mit unverhältnismäßigem Aufwand auszuräumenden Schwierigkeiten erscheint es für die Rundfunkkontrolle am geeignetsten, bei dem auf den Zuschauerzahlen beruhenden Zuschauermarktanteilsmodell zu bleiben.

3. Senkung der Zuschauermarktanteilsgrenze

Eine gesetzlich fixierte Grenze hat den rechtspraktischen Vorteil, daß nicht in komplizierte und teure Struktur- und Inhaltsanalysen eingestiegen werden muß.

⁴⁴⁰ BVerfGE 85, 36 (66ff.)

⁴⁴¹ So auch Kaase, in: Zuschaueranteile, S. 26

Mit der Festsetzung der Grenze des Erreichens vorherrschender Meinungsmacht bei 30 % der Zuschaueranteile ist das deutsche Medienrecht sehr großzügig. Die Kontrolle von Konzentrationserscheinungen hat dadurch keinen präventiven Charakter mehr. Wenn die Chance zur Einführung einer neuen Ausgestaltung des Modells genutzt werden wollte, dann sollte dies zurück zur präventiven Kontrolle führen. Geeignet dazu erscheint die Herabsenkung der Grenze auf 15 %⁴⁴². Zwar machen auch 15 % der Zuschaueranteile keine Aussage über konkrete Medienwirkungen bei den Zuschauern und im gesellschaftlichen Leben. Doch kann damit plausibel auf eine zahlenmäßig höhere Vielfalt der Fernsehprogramme verwiesen werden, wodurch sich die Chance zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht durch strukturelle Vielfalt erhöht.

Der hohe Grenzwert von 30 % der Anteile ist auch vor dem Hintergrund der weiten Marktabgrenzung nicht unproblematisch. Denn je weiter der relevante Markt abgegrenzt wird, umso schwerer ist seine Beherrschung durch ein einzelnes Programm festzustellen. Demzufolge muß, um annähernd realistische Ergebnisse erhalten zu können, die Eingriffsschwelle möglichst niedrig angesetzt werden. Doch sagen sehr niedrige Anteile unter Umständen publizistisch nichts mehr über die Wirkungsmöglichkeiten aus. Damit werden eventuell Marktgestaltungen verhindert, die im Sinne der Vielfalt gar nicht gefährlich sind⁴⁴³. Eine solche Lösung kann zu verfassungsrechtlichen Problemen führen. Denn den Veranstaltern steht ein Programmgestaltungsanspruch zu, der ihnen nur bei Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht nicht gewährt wird, die möglicherweise so aber nicht nachzuweisen ist.

Die Entstehungsgeschichte zeigt, daß die Festlegung der Schwelle bei 30 % Ausdruck eines politischen Kompromisses war. Während der Verhandlungen waren höchst zulässige Anteile in einer Bandbreite von 25 bis 33 % im Gespräch⁴⁴⁴. Eine bei 25 % festgelegte Grenze hätte dazu geführt, daß die beiden den deutschen privaten Fernsehmarkt beherrschenden Senderfamilien Bertelsmann/CLT und Kirch/Springer Beteiligungen hätten abgeben müssen, denn sie vereinen jeweils mehr als 25 % der Zuschaueranteile auf sich, was die Länder, die in besonderem

⁴⁴² Als Vorbild dient der britische Broadcasting Act von 1996.

⁴⁴³ Engel, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 254

⁴⁴⁴ Entstehungsgeschichte, in: Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, C- 0.1, Rn. 109ff.

Maße Standortinteressen wahrnahmen, nicht mittragen konnten. Von einer Herabsenkung des Anteils hart betroffen wären die genannten Senderfamilien, die diese Schwelle bei weitem übersteigen. Sie wären gezwungen, sich auf ihre Hauptprogramme SAT.1 und RTL zurückzuziehen. Forderungen nach einer derart gravierenden Herabsenkung der Grenze sind politisch nicht durchsetzbar, was schon daran erkennbar ist, daß im Gegenteil eher die Deregulierung gefordert wird. Entflechtungen sind praktisch aus industriepolitischen Gründen nicht mehr möglich und eine hohe Konzentration mit faktischem Duopol ist hinzunehmen⁴⁴⁵. Auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist die Forderung schwer zu begründen, denn die 30-Prozent-Regelung verstößt nicht gegen das Grundgesetz.

Dringend geboten ist jedoch die Verhinderung weiterer Konzentration, wie das Bundesverfassungsgericht bereits im FRAG-Urteil gefordert hatte⁴⁴⁶. Es müssen Regelungen zur kontrollierenden Überwachung bereits eingetretener Konzentration unter Vielfaltsgesichtspunkten getroffen werden.

4. Beibehaltung der Anteilsgrenze unter Ausübung verstärkter Kontrolle

Für die Vielfaltskontrolle in Deutschland würde die Beibehaltung der Grenze und des Kontrollmodells in seinen Grundzügen die Rechtspraxis kontinuieren und eine befriedende Wirkung haben.

Um nicht weiterhin dem Vorwurf einer Scheinlösung ausgesetzt zu sein und um den Konzentrationstendenzen auf dem Medienmarkt auch ohne Senkung der 30-Prozent-Grenze begegnen zu können, muß das Modell jedoch ergänzt werden. Verstärkt kontrolliert werden müßten die Aktivitäten eines Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten (Cross-Ownership). Die Ergebnisse dieser Überprüfung müssen konkret in die Anteilsberechnung mit einfließen. Bei Überschreitung der Grenze müssen Kompensationsmaßnahmen eingeleitet werden, die die Meinungsvielfalt tatsächlich aktiv fördern, um den recht hohen Zuschaueranteil von 30 % zu rechtfertigen.

⁴⁴⁵ Jochimsen, AfP 1999, 24 (28)

⁴⁴⁶ BVerfGE 57, 295 (323)

a) Cross-ownership

Die bisher existierende Regelung in § 26 Abs. 2 S. 2 RStV ist unzureichend und in der Rechtsanwendung schwer handhabbar. Die Kombination der unbestimmten Rechtsbegriffe der „geringfügigen Unterschreitung“ des Zuschaueranteils bei Präsenz auf „medienrelevanten, verwandten Märkten“ sollte nicht beibehalten werden. Dennoch müssen die Aktivitäten der Unternehmen auf horizontalen Märkten und in der vertikalen Verwertungskette berücksichtigt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil zur Kurzberichterstattung klargestellt, daß es zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht nicht nur wirksamer Vorkehrungen gegen die Konzentration auf Veranstalterebene bedarf, sondern in zunehmendem Maße auch gegen Informationsmonopole, denn diese widersprechen einer pluralen Informationsvermittlung.

Die kontroverse Diskussion um die Bezifferung der geringfügigen Unterschreitung des 30-Prozent-Anteils blockiert die Prüfung der Sachverhalte. Dafür muß eine andere Regelung eingeführt werden, die konkrete Grenzwerte enthält. Ebenso müssen die medienrelevanten verwandten Märkte konkreter definiert werden. So plausibel und konsequent es ist, jegliche Aktivitäten auf den medienrelevanten verwandten Märkten in die Prüfung mit einzubeziehen, so muß doch auf die praktische Realisierbarkeit Rücksicht genommen werden. Die bisherige Regelung will nach der amtlichen Begründung die Märkte der Werbung, des Hörfunks, der Presse, des Rechtehandels und der Produktion einbeziehen. Die Aktivitäten eines Unternehmens auf diesen Märkten sind unmöglich mit ein und demselben Verfahren meßbar.

(1) Beteiligungsbeschränkungen

Für die Lösung des Meßproblems bieten sich zwei verschiedene Ansätze an:

Die Aktivitäten des Unternehmens auf medienrelevanten verwandten Märkten werden anhand seines dortigen Marktanteils ermittelt. Alternativ können die Aktivitäten des Veranstalters von der Empfängerperspektive aus festgestellt werden, indem die Nutzung gemessen wird, um den Nutzungsanteil des Unternehmens am Gesamtmarkt zu berechnen. Dieser wäre mit einem Zuschaueranteil

vergleichbar und es könnte bei dem reinen Zuschauermarktanteilsmodell verbleiben. Dafür müßte anhand der Stichprobenteilnehmer zusätzlich zu der Nutzung des Fernsehens auch noch die des Radios und der Printmedien festgestellt werden. Das ist unter psychologischen (Zuverlässigkeit der Panel-Teilnehmer) wie unter technischen Gesichtspunkten schwer vorstellbar. Eine technische Lösung, mit der jegliche Nutzung gemessen werden kann, ist nicht zu realisieren⁴⁴⁷. Darüber hinaus wäre die Betätigung auf dem Werbemarkt, dem Gebiet der Produktion und des Rechtehandels auf diese Weise nicht meßbar, da es keine Nutzung durch Zuschauer gibt. Es muß zur Feststellung der Tätigkeiten des Unternehmens also auf die Berechnung der Marktanteile anhand der Verkaufszahlen und Umsätze zurückgegriffen werden. Um die Dimensionen der verschiedenen Märkte zu erfassen, muß methodenpluralistisch vorgegangen werden (Messung 1. der Zuschaueranteile für das Fernsehen, 2. der Auflagen für die Printmedien, 3. der Umsätze für Hörfunk, Werbung, Rechtehandel und Produktion). Die Reichweite der elektronischen Medien und die Auflage der Presse bzw. die Umsätze der anderen Bereiche müssen in absolute Zahlen umgerechnet werden, um Vergleichbarkeit der Einflüsse herbeizuführen. Bei Erreichen einer gewissen Position auf diesen Märkten sind Beteiligungsbeschränkungen von Verlagen, Hörfunkbetreibern etc. an Fernsehunternehmen und umgekehrt vorzusehen.

Diese Variante stellt eine Verbindung des Mediennutzungsmodells mit dem Beteiligungsmodell auf der Grundlage des Zuschauermarktanteilsmodells dar. Die Ausprägungen dieses Modellvorschlags werden im folgenden kurz dargestellt.

Mehrfachbesitz und Anteile an verschiedenen Fernsehsendern sind im Grundtatbestand bis zu einem Zuschaueranteil von 30 % zulässig. Es sollte auch hier bei der Vermutungsregelung bleiben, denn sie erlaubt der Kontrollbehörde ein Einschreiten auch bei Nichterreichen der 30-vom-Hundert-Grenze. Der Vermutungstatbestand modifiziert nur die Darlegungs- und Beweislast, ohne die materiell-rechtliche Beurteilung zu präjudizieren. Auch wenn der Vermutungstatbestand nicht verwirklicht ist, kann die Kontrollbehörde vorherrschende Meinungsmacht unter

⁴⁴⁷ So auch Steinmann, in: Zuschaueranteile, S. 79ff.

besonderen den Begründungsaufwand erhöhenden Voraussetzungen feststellen⁴⁴⁸.

Der Tatbestand, der die Cross-ownership berücksichtigt, muß modifiziert werden. Die Definition der medienrelevanten verwandten Märkte darf nicht allein KEK und KDLM überlassen werden, sondern muß gesetzlich geregelt werden.

Die bisherige Regelung des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV knüpft allein an den Fernsehmarkt an. Wenn aber die anderen Medienmärkte erst in die Betrachtung einfließen, wenn der Anteil des Unternehmens auf dem Fernsehzuschauermarkt 30 % (oder geringfügig darunter) beträgt, so wird das einer ganzheitlichen Betrachtung der Medienentwicklung nicht gerecht, die gegenseitige Einflüsse und Synergien ausnutzt. Denn es können über Prozesse der gegenseitigen Beeinflussung von Mediengattungen Verstärkungseffekte eintreten⁴⁴⁹, die nicht vernachlässigt werden dürfen. Daher muß der Einfluß des Fernsehens auf andere Medien und anderer Medien auf das Fernsehen berücksichtigt werden. Falls entsprechende Marktanteile auf benachbarten Märkten festgestellt werden, muß ein Abschlag auf den maximal zulässigen Zuschauermarktanteil vorgenommen werden. Dieser ist besonders stark im Print- und Hörfunkbereich ausgeprägt. Ein Zeitschriften- bzw. Zeitungsverlag oder ein Hörfunkbetreiber darf daher ab einem bestimmten Marktanteil (bspw. 20 %) keine Fernsehbeteiligung übernehmen und auch nicht durch einen Fernsehsender übernommen werden. Darunter liegende Anteile müssen nach bestimmten Bemessungsparametern und Anrechnungsformeln z. B. in ein Punktesystem umgerechnet werden, das Beteiligungen an Fernsehsendern und umgekehrt bis zu einer bestimmten Höhe erlaubt. Die mit dem Fernsehen verglichen geringerwertige Meinungsrelevanz von einzelnen Medien muß in die Bewertung mit einfließen.

Die gleichen Grundsätze müssen auf die Beteiligung der Fernsehveranstalter auf vertikalen Märkten Anwendung finden. Die zunehmende Verflechtung von Rundfunkveranstaltern mit Produktionsfirmen und Inhabern von Übertragungsrechten macht eine Einbeziehung in die Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht dringlich⁴⁵⁰. Denn vor allem die vertikale Verflechtung ist der Grund für

⁴⁴⁸ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 26, S. 11

⁴⁴⁹ Kaase, in: Zuschaueranteile, S. 41

⁴⁵⁰ BVerfGE 95, 163 (173)

hohe Zugangsbarrieren auf dem Fernsehmarkt und behindert die Vielfaltsentwicklung.

(2) Digitales Fernsehen

Besonderes Augenmerk sollte auf die Entwicklung des digitalen Fernsehens gelegt werden, was die betreffenden Regelungen der §§ 52, 53 RStV in letzter Konsequenz versäumen.

Auch wenn es zukünftig keinen Mangel an Übertragungskapazität mehr geben wird, besteht weiterhin Regulierungsbedarf. Dieser resultiert u. a. daraus, daß sich die Tendenz zu vertikaler Konzentration verstärken wird⁴⁵¹. Denn die Veranstalter werden versuchen, ihre Tätigkeit auf das Anbieten digitaler Programmplattformen auszuweiten. Die dafür erforderlichen technischen und administrativen Dienstleistungen stellen weitere Stufen in der Wertschöpfungskette dar. Es besteht daher für die Veranstalter ein Interesse daran, auch diese zu kontrollieren. Ferner wird die horizontale Konzentration begünstigt. Das im digitalen Fernsehen übliche Angebot von Programmen in Paketen setzt große Programmvorräte voraus, über die nur die großen Programmanbieter verfügen. Die Programminhalte wie Spielfilme und Sportereignisse sind nicht beliebig vermehrbar. Diese Rechte sind auf lange Sicht im Voraus vergeben. Einem neuen Anbieter wird es daher schwer fallen, sein Programm ohne Vertragsbeziehungen zu einem unmittelbaren Konkurrenten zu gestalten⁴⁵². Offener Zugang ist daher von zentraler Bedeutung. Betreffend den chancengleichen Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen und den Anspruch auf Teilhabe an den programmlichen Plattformen mögen die Regelungen in §§ 53, 52 RStV noch ausreichen. Doch die Inhaberschaft der Frequenzen und damit verbunden der Multiplexe, die den Zugang erst ermöglicht, ist keiner Regulierung unterworfen. Dabei nimmt dieser Bereich innerhalb der Veranstaltung von digitalem Fernsehen eine Schlüsselposition ein. Zwar hat das Multiplexverfahren an sich keinen Inhaltsbezug. Doch darf die Frage der Regulierung der Inhalte nicht von der der Übertragungswege

⁴⁵¹ Hesse, Rundfunkrecht, S. 282, KEK.Jahresbericht 1998/1999, S. 74,

Monopolkommission, epd medien Nr. 59 vom 26. Juli 2000

⁴⁵² Engel, in: Die Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 228; Hesse, Rundfunkrecht, S. 282

getrennt werden⁴⁵³. Denn die Betreiber der Multiplexe sind in der Lage, den Zugang zu den nachgelagerten Märkten zu kontrollieren, den ökonomischen und publizistischen Wettbewerb zu beeinflussen und ihre eigene Position auf den Zuschauermärkten abzusichern, da sie den Zugang überwachen. Gerade in diesem noch nicht entwickelten Bereich besteht die Chance zu präventiver Konzentrationskontrolle. Daher sollte die Inhaberschaft dieser Multiplexe einer Zulassungspflicht unterworfen und begrenzt werden auf z. B. maximal drei. Danach müssen Beteiligungen an weiteren Multiplexen beschränkt werden. Derzeit stellt sich das Problem noch nicht, denn die Kapazitäten sind begrenzt. Doch bei Behebung dieses technischen Hindernisses steht zu befürchten, daß die heute schon starken Unternehmen sich möglichst viele dieser digitalen Programmplattformen sichern und den für die Meinungsvielfalt bedeutsamen, aber wirtschaftlich wenig attraktiven Programmen den Zugang verwehren könnten. Zwar gebietet § 53 RStV Zugangsfreiheit, indem die Decoder Schnittstellen aufweisen müssen, die Dritten die Herstellung und den Betrieb eigener Anwendungsprogramme gestatten. Doch ist es den Betreibern nicht verwehrt, nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten auszuwählen, wobei die für die Meinungsvielfalt wertvollen Programme aufgrund geringerer Zahlungskraft das Nachsehen hätten.

(3) Auffanglösung

Erforderlich ist ein Auffangtatbestand ähnlich der „Gesamtbeurteilung“ nach § 26 Abs. 2 S. 2 2. Alt. RStV, der die Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht unabhängig von den Zuschauerzahlen zuläßt. Eine Bewertung der Stellung eines Veranstalters kann im Einzelfall schwierig sein. Denn die starke Position eines Veranstalters als Meinungsfaktor kommt oft nur unvollständig in den Zuschaueranteilen zum Ausdruck. Denn die Unternehmen sind nicht nur auf dem Feld der klassischen Medientypen tätig. Sie nehmen zunehmend auch starke Positionen innerhalb der neuen Medien (Teledienstleistungen, Provider-Dienste, Internet-Handel, Angebote von Bewegtbildern von Zeitungen, Textangebote von Rundfunkunternehmen im Internet) ein. Um auf die

⁴⁵³ So auch die KDLM in einer Stellungnahme zu Arbeitspapieren der EU-Kommission, epd Nr. 42 vom 27. Mai 2000

nicht absehbare Entwicklung reagieren zu können, muß eine Entsprechensklausel aufgenommen werden, die klar von den anteilsabhängigen Vermutungstatbeständen abzugrenzen ist. Denn der Bezug zu den Vermutungstatbeständen hat bisher nur zu Diskussionen darüber geführt, ob eine bestimmte Höhe der Zuschauerzahlen Voraussetzung für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens ist.

Zur Einschätzung eines 30 Prozent entsprechenden Einflusses ließen sich die Kriterien zur Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 2 GWB analog heranziehen. Zwar handelt es sich hier nicht um Marktbeherrschung, sondern nur um eine dieser entsprechenden Stellung, doch sind die Sachverhalte vergleichbar. Dieser Anhaltspunkt ist praktikabel und Entlehnungen aus dem Wettbewerbsrecht sind nicht ungewöhnlich im Rundfunkstaatsvertrag. Hinzu kommen könnten Kriterien wie etwa die Nutzungsdauer oder die Marktdurchdringung auf dem anderen verwandten Markt⁴⁵⁴.

Der 30 Prozent entsprechende Einfluß müßte als unbestimmter Rechtsbegriff in die Regelung aufgenommen werden. Denkbar wäre hier ein gewisser Beurteilungsspielraum für die Kontrollbehörde, der in Betracht kommt, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe wegen der Komplexität und Dynamik der Rechtsmaterie schwer zu konkretisieren sind und Erkenntnislücken nicht auszuräumen sind. Grundsätzlich sollte ein Beurteilungsspielraum wegen der Verkürzung des Rechtsschutzes nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Je fundamentaler das betroffene Rechtsgut ist, desto stärker und dichter soll die gerichtliche Kontrolle sein und desto weniger Raum für einen Beurteilungsspielraum bestehen⁴⁵⁵. Hier ist die Rundfunkveranstalterfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG betroffen. Ferner sind die Kriterien, die hier in Anlehnung an § 19 Abs. 2 GWB zur Prüfung anstünden, nicht undurchschaubar. Auch im Kartellrecht wird kein Beurteilungsspielraum angenommen. Bei ausreichender institutioneller Unabhängigkeit sind Konzentrationstatbestände aufklärbar⁴⁵⁶. Die erforderlichen Prognosen sind mit fachlicher Unterstützung für die Verwaltungsgerichte nachvollziehbar. Ein Beurteilungsspielraum, der die Kontrolldichte verringert, ist daher abzulehnen.

⁴⁵⁴ Kreile/ Stumpf, MMR 1998, 192 (195)

⁴⁵⁵ Smeddinck, DÖV 1998, 370 (375)

⁴⁵⁶ Lehr, ZUM 1995, 653 (672)

Die Entsprechensklausel ist daher als unbestimmter Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum verfassungskonform unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks auszulegen. Zweck der Rundfunkstaatsvertrages ist es, der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht vorbeugend entgegenzuwirken. Tendenzen, die zur Konzentration führen, muß möglichst frühzeitig entgegengetreten werden⁴⁵⁷. Wenn also Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß vorherrschende Meinungsmacht eines Fernsehunternehmens aufgrund Zusammenspiels mit Tätigkeiten auf anderen medienrelevanten Märkten in Frage steht, müssen auch hier Ermittlungen möglich sein.

Bei Erfüllung dieses Tatbestands kann die Kontrollbehörde weiteres Wachstum auf dem oder den Einstieg in den Fernsehmarkt untersagen.

b) Kompensationsmöglichkeiten

Bei Beibehaltung der unbestritten recht hohen 30-Prozent-Grenze müssen verstärkt Kompensationsmaßnahmen durchgeführt werden. Die diskutierten binnenpluralen Maßnahmen sind in der jetzigen Form abzulehnen. Ein Programmbeirat kommt für das private Fernsehen nicht in Betracht. Demgegenüber ist der Grundgedanke der Ausstrahlung von Programmen durch unabhängige Dritte positiv zu bewerten, dessen Umsetzung im Rundfunkstaatsvertrag aber wegen der beschriebenen Probleme abzulehnen ist.

Alternativ wurde die Einrichtung eines unabhängigen Kanals (Independent Channel) vorgeschlagen⁴⁵⁸. Nach diesem Vorschlag sollen Fernsehunternehmen, die vorherrschende Meinungsmacht erreicht haben, Geld für die Ausstrahlung eines unabhängigen Programms auf eigener Frequenz bereitstellen. Anhand der Kritikpunkte gegenüber der im Rundfunkstaatsvertrag geregelten Vorgehensweise soll nun überprüft werden, inwieweit der Vorschlag eine Verbesserung darstellt.

⁴⁵⁷ BVerfGE 73, 118 (172f.)

⁴⁵⁸ So die Ministerpräsidentin von Schleswig-Holstein, Heide Simonis, in: epd Nr. 20 vom 17. März 1999; Engel, der in ZUM 2000, 345 (354) die Möglichkeit der Einzahlung in einen Fonds erörtert; Bullinger, der es in JZ 1987, 257 (262) für Anbieter in gesicherter Oligopolstellung für zumutbar hält, „politisch-kulturelles Mäzenatentum“ zu entfalten.

(1) Zulässigkeit

Die Fensterprogramme stellen bisher oftmals einen Bruch im Programm dar, der zu rückläufiger Akzeptanz des Programms führt. Die Regelung führt dazu, daß durch die Drittsende verpflichtet verursachte Auswirkungen auf die Programmfarbe stärkere Zuschauerverluste nach sich ziehen könnten, als die Auslagerung auf einen eigenen Kanal. Wenn die Drittsende verpflichtet auf einem unabhängigen Kanal realisiert wird, kann ein solcher Eingriff in die Programmgestaltungsfreiheit vermieden werden. Bei dieser Möglichkeit würde sich die Finanzierungsverpflichtung auf die von dem Hauptveranstalter tatsächlich verursachten Schäden an der Meinungsvielfalt beschränken. Bei dem derzeitigen Modell besteht die Gefahr, daß sich die wirtschaftliche Basis nachhaltig ändert.

Anlaß zum Überdenken gibt hingegen, daß die Nichtaufnahme von vielfaltssichernden Fensterprogrammen in das Hauptprogramm wie ein Freikauf von Verpflichtungen wirkt, ohne daß ein Bewußtsein für das die Meinungsfreiheit gefährdende Verhalten geweckt wird. Doch werden diese sogenannten Kompensationslösungen bereits im Umweltrecht erfolgreich umgesetzt⁴⁵⁹. Die ökonomische Belastung soll die Rechtsverletzung ausgleichen. Die Eigenschaft des Rundfunks als Wirtschaftsgut darf nicht außer Acht gelassen werden. Ohne daß das Instrumentarium seine ordnungsrechtlichen Charakter verliert, müssen den wirtschaftlich denkenden Unternehmen Entscheidungsalternativen eröffnet werden, die geringere Kosten verursachen.

Nachteilig erscheint, daß massenwirksame Unterhaltungsprogramme, die zuvörderst von Drittsende verpflichtet betroffen sind, nach diesem Vorschlag die eigene Programmqualität nicht verbessern. Die Zuschauer werden weiterhin mit dem gleichen Programm konfrontiert, ohne Bildungs- oder Informationssendungen auf gleicher Frequenz aufnehmen zu können. Doch muß dabei bedacht werden, daß Fernsehen keine erzieherische Aufgabe hat. Vielfalt innerhalb jedes Programms muß nicht erreicht werden. Die Rundfunklandschaft ist in verfassungsrechtlich zulässiger Weise außenpluralistisch organisiert. Dies berücksichtigt, kann ein unabhängiger Kanal in der Gesamtschau aller

⁴⁵⁹ Vgl. § 7 Abs. 3 BImSchG, TA-Luft

Programmangebote vielfaltsfördernd sein, wenn er so gestaltet ist, daß er überhaupt Zuschauer anzieht. Zwar bietet die Ausgliederung der Drittsende Verpflichtung dem Hauptveranstalter die Möglichkeit, noch stärker einseitiges, massenwirksames Unterhaltungsprogramm auszustrahlen. Doch bestünde dann die Chance, ein gegenüber den intellektualisierten Kultursendern im Niveau abgestuftes Kultur- und Informationsprogramm zu produzieren, das auch leichteren Geschmack bedient. Dies kann dann auch zur Hauptsendezeit geschehen, weil keine Rücksicht auf die Werbewirtschaft genommen werden muß. So sind günstige Bedingungen für die Anziehungskraft auf ein sonst von Kultursendern nicht avisiertes Publikum gegeben.

Um überhaupt einen Zusammenhang zu dem verpflichteten Hauptveranstalter herzustellen, wäre Voraussetzung, daß dieser für den unabhängigen Kanal Anzeigen zu Sendezeiten mit hoher Bemerkbarkeit schaltet. Der interessierte Zuschauer kann dann aufgrund des zusätzlichen Angebots eine bewußte Wahl treffen.

Fraglich wäre das Verhältnis des unabhängigen Kanals zu den öffentlich-rechtlichen Fernsehprogrammen. Da die Unterhaltungsbranche schon ausreichend bedient ist, würde er vorwiegend Beiträge aus den Bereichen Kultur, Information und Bildung bringen müssen. Dort liegt auch der Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen, speziell von Programmen wie des Europäischen Kulturkanals Arte und 3sat. Ein zusätzliches Angebot auf diesem Gebiet ist für die Vielfalt erfreulich, doch darf dies nicht dazu führen, daß die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks übernommen wird. Der Aufbau eines weiteren Anbieters könnte aber dazu führen, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk in seiner Aufgabenerfüllung entlastet wäre, was sich auch finanziell auswirken könnte. Dabei ist jedoch Vorsicht geboten unter dem Blickwinkel von wettbewerbswidrigen Subventionen im europäischen Zusammenhang. Eine Drittsende Verpflichtung zwingt zu einer finanziellen Beteiligung an dem unabhängigen Kanal, die von staatlichen Kontrollorganen gefordert wird. Dadurch würde dem unabhängigen Kanal gegenüber den öffentlich-rechtlichen Programmen, die auch am Wettbewerb teilnehmen, wie auch gegenüber den anderen deutschsprachigen Kultur- und Informationssendern im europäischen Raum ein Wettbewerbsvorteil verschafft. Denn er wäre sowohl von Zuschaueranteilen als auch von Werbeeinnahmen unabhängig, weil seine Finanzierung durch außerhalb des Senders bestehende Verhältnisse gesichert wäre. Auch die von einer

Drittsendezeitverpflichtung betroffenen Veranstalter würden einen Wettbewerbsvorteil erhalten. Denn sie könnten nun ohne Beschränkungen ihr Programm gestalten und sich uneingeschränkt um Zuschaueranteile bemühen. Doch gilt dies nur soweit nicht vorherrschende Meinungsmacht besteht. Wenn diese dann wiederum erreicht sein sollte, müßte dafür die Verpflichtung zur Aufgabe von Beteiligungen eingreifen. Denn dann hat die vielfaltssichernde Maßnahme ihren Zweck nicht erfüllt.

Der unabhängige Kanal würde eine Sonderstellung in der derzeitigen Rundfunklandschaft einnehmen: Er ist weder dem privaten noch dem öffentlich-rechtlichen Sektor zurechenbar. Wie eine Aufgabenverteilung auszusehen hat, ist von der gegenwärtig laufenden Diskussion um die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Spartenprogramme abhängig.

Die Einrichtung eines Independent Channel bietet sich ebenso für das digitale Fernsehen an, das bis jetzt noch keine Regelung zu kompensatorischen Maßnahmen erfahren hat. Dies ist insbesondere dann erforderlich, wenn die Multiplexe veranstalterabhängig betrieben werden⁴⁶⁰. Voraussetzung für die Wirksamkeit eines solchen Kanals ist hier jedoch mehr als bei der zuvor erörterten Variante für das analoge Fernsehen, daß der Zuschauer darauf aufmerksam wird. Es muß daher in gleicher Weise wie die anderen Programme erkennbar und auffindbar im Programmführungssystem aufgeführt werden.

(2) Abgrenzung zum offenen Kanal

Der Vorschlag weist Ähnlichkeiten zur Einrichtung der offenen Kanäle auf, weshalb eine Abgrenzung vorzunehmen ist.

Unter einem offenen Kanal ist eine Einrichtung zu verstehen, die jedermann die Möglichkeit eröffnet, selbst und mit geringer finanzieller Beteiligung Rundfunkbeiträge zu erstellen und zu senden. Die einzelnen Beiträge der verschiedenen Teilnehmer folgen aufeinander und haben kein einheitliches Sendeformat. Die Errichtung offener Kanäle ist in den meisten Landesmediengesetzen vorgesehen. Finanziert werden sie durch die Landesmedienanstalten. Dahinter steht die Vorstellung von der Förderung der Meinungsvielfalt durch viele Meinungsäußerungen. Jeder,

⁴⁶⁰ Jahresbericht der KEK 1999, S. 77

der seine Meinung äußern möchte, soll dies ohne große finanzielle Verpflichtung tun können. Darüber hinaus wurde die Einbringung weiterer Meinungen in die elektronischen Medien erwartet⁴⁶¹. Die bisherigen Erfahrungen mit den offenen Kanälen offenbarten folgende Problematik: Die Ausstrahlung einzelner Beiträge nach den Grundsätzen der Chancengleichheit ohne einheitliche Programmstruktur zog mangelnde Akzeptanz und Nichtplanbarkeit nach sich. Zwar müssen die Programmgrundsätze (§ 41 RStV) eingehalten sein, doch unterliegen die Beiträge keiner redaktionellen Kontrolle⁴⁶². Das führte unter anderem zu unprofessioneller Umsetzung und dazu, daß die Sendungen strafbare Inhalte enthielten⁴⁶³. Der Meinungsvielfalt förderlich war dieses Konzept bisher nicht⁴⁶⁴. Diese Probleme sind bei Einrichtung eines Independent Channel nicht zu befürchten. Die Auswahl eines Programmveranstalters gewährleistet ein eigenes Sendeformat, das professionell umgesetzt wird und aus diesem Grund eher auf Interesse stoßen wird. Zwar erhält dadurch nicht jeder einzelne die Chance, im Rundfunk zu Wort zu kommen. Die Erfahrungen lehren aber, daß die Aufnahme „partizipativer Elemente“ in die Veranstaltung von Rundfunk nicht zur Erweiterung der massenmedialen Vermittlungsfunktion geführt hat⁴⁶⁵. Durch den Independent Channel jedoch wird einzelnen Meinungen mittelbar der Zugang zu diesem Medium eröffnet.

(3) Aufsicht

Die Gestaltung des unabhängigen Kanals könnte unter der Obhut der jeweils für den verpflichteten Hauptveranstalter zuständigen Landesmedienanstalt geschehen. Die unter der bisherigen Regelung schwierig zu treffende Auswahlentscheidung zwischen Landesmedienanstalt und Veranstalter wäre vermieden, denn eine Einpassung in die Programmfarbe ist nicht mehr notwendig. Nach § 36 Abs. 2 RStV ist bei der Zulassung und der Auswahl des

⁴⁶¹ Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 40, Rn. 30f.

⁴⁶² Hesse, Rundfunkrecht, S. 257

⁴⁶³ Vgl. Medienratsbeschluß der MABB vom 3. Juli 2000, der „Radio Germania“ wegen Erfüllung verschiedener Straftatbestände dauerhaft vom Offenen Kanal ausschließt.

⁴⁶⁴ So auch das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 74, 297 (330)

⁴⁶⁵ So auch Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 347

Fensterprogrammverantalters zuvor das Benehmen mit der KEK herzustellen. Dementsprechend darf die zuständige Landesmedienanstalt erst nach Mitwirkung durch die KEK eine abschließende Auswahlentscheidung treffen. Es muß eine sachliche Auseinandersetzung mit der Position der KEK stattfinden, wobei der Versuch einer Einigung genügt.

Verwaltungsinterne Mitwirkung vollzieht sich in verschiedenen Formen. Die wichtigsten sind die Anhörung, die Beratung, das Benehmen und das Einvernehmen. Anhörung und Beratung stellen die schwächsten Mitwirkungsrechte dar. Diese müßten bei der abschließenden Entscheidung durch die federführende Landesmedienanstalt berücksichtigt werden, würden diese aber nicht binden wie auch bei der Herstellung des Benehmens mit der KEK. Die stärkste und wirkungsvollste Form der Mitwirkung wäre die Herstellung des Einvernehmens mit der KEK. Einvernehmen ist dann hergestellt, wenn völlige Willensübereinstimmung zwischen beiden Beteiligten vorliegt⁴⁶⁶. Ohne Einigung mit der KEK dürfte die Landesmedienanstalt keine Entscheidung herbeiführen. Diese Form der Mitwirkung scheint der Aufgabe der KEK angemessen. Denn sie ist im Rahmen der an der Zulassung von Fernsehunternehmen Beteiligten das einzig wirklich neutrale Organ und ihre ureigenste Aufgabe ist die Verpflichtung zur Vielfaltssicherung. Die schwächeren Mitwirkungsrechte würden dem nicht gerecht werden. Die Bindung der zulassenden Anstalt an den Vergleich mit der KEK soll sicherstellen, daß die Fachkenntnis und die besonderen Erfahrungen der KEK in Vielfaltsfragen zur Geltung kommen.

Die Einrichtung eines unabhängigen Kanals erscheint geeignet, die verfassungsrechtlichen Probleme, die mit der Drittsendeverpflichtung derzeit verbunden sind, auszuräumen. Auch unter Vielfaltsgesichtspunkten ist die Einführung eines solchen Modells ernsthaft erwägenswert.

⁴⁶⁶ BVerwGE 11, 195 (200)

II. Zuständigkeitsregelungen

Der folgende Abschnitt widmet sich der Untersuchung von Alternativen zur bestehenden Kompetenzverteilung zwischen der zuständigen Landesmedienanstalt, KEK und KDLM. Einerseits zeugen die Vorschläge von dem Bestreben, bestehende fachkompetente Strukturen zu erhalten und die KEK und die KDLM auch weiterhin in die Rundfunkkontrolle einzubeziehen. Andererseits wurde die Schaffung neuer Organe zur Beurteilung der die Meinungsvielfalt betreffenden Fragen in die Diskussion eingeführt. Diese Vorschläge sind zu messen an den inhaltlichen Anforderungen an die Vielfaltskontrolle und müssen mit dem zuvor erörterten Modell konform gehen.

1. Neuordnung des Zuständigkeitsbereichs der KEK

a) Einschränkung des Aufgabenbereichs der KEK

Die Kritik an der Arbeit der KEK hat sich insbesondere an der angeblich schleppenden Verfahrensbearbeitung und dem Überschreiten ihres Zuständigkeitsbereiches entzündet. Daher wurde gefordert, der KEK Fristen für ihre Prüfungstätigkeit zu setzen und ihr in gewissen Fällen die Zuständigkeit zur Prüfung überhaupt zu entziehen⁴⁶⁷. Denn, so der Vorwurf, die KEK habe ihre ordnungspolitische Zuständigkeit nicht mit der erforderlichen Verantwortung für Arbeitsplätze, Wettbewerb und Industrieentwicklung wahrgenommen. Wegen verzögerter Entscheidungen der KEK sähen sich die Landesmedienanstalt Untätigkeitsklagen nach § 75 VwGO der betroffenen Veranstalter ausgesetzt. Die Landesmedienanstalten haben aufgrund von standortpolitischen Erwägungen kein Interesse an einer ausufernden Prüfung. Dies zu vermeiden könnten der KEK Fristen gesetzt werden, bei deren Nichteinhaltung der zu überprüfende Sachverhalt konzentrationsrechtlich nicht weiter aufzuklären wäre oder die zuständige Landesmedienanstalt die Prüfungstätigkeit übernimmt.

Verfahrensverschleppung ist ein schwerwiegender Vorwurf. Doch sind die Hintergründe dafür nicht im Bereich der KEK zu suchen. Denn sie kann ihrer Prüfungstätigkeit erst nachgehen, wenn ihr auch die

⁴⁶⁷ So ein Vorschlag der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien

Prüfungsunterlagen vorliegen. Diese müssen jedoch von den Veranstaltern beigebracht werden. Zur Einhaltung von Fristen sind die Veranstalter verpflichtet. Bei Nichteinhaltung kann der Zulassungsantrag abgelehnt werden, § 21 Abs. 5 RStV. Diese Vorschrift bezieht sich hingegen nur auf die den Veranstalter betreffenden gesellschaftsrechtlichen Beziehungen auf dem Rundfunkmarkt. § 22 Abs. 5 RStV hält Vorkehrungen, die die Prüfungstätigkeit verhindern oder erschweren, lediglich für unzulässig. Reagiert der Veranstalter auf ein Auskunftsersuchen der KEK (durch die zuständige Landesmedienanstalt) hinsichtlich seiner Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten nicht, so ist dies nach § 22 nicht sanktioniert. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb dem Drängen der Veranstalter, die ihre Verhältnisse nicht offenlegen wollen, nachgegeben werden sollte. Im Interesse der Meinungsvielfalt sind eher diese in der Pflicht. Die KEK gibt selbst an, daß sie bei schneller Aktenübergabe innerhalb von sechs Monaten in der Lage wäre, eine Entscheidung zu fällen⁴⁶⁸. Deshalb wäre der Grundsatz der freien Akteneinsicht der richtige Weg, die Länge der Verfahrensdauer einzudämmen.⁴⁶⁹ Dann könnte der KEK auch eine Bearbeitungsfrist gesetzt werden.

Gleichwohl verlangen die starke Ausweitung der Inhalte der Medien wie auch die Ausweitung der Aktivitäten der Medienunternehmen auf anderen Märkten („medienrelevante verwandte Märkte“) mehr Aufmerksamkeit seitens der Kontrollbehörden. Gerade hier ist bei richtiger Einschätzung der Rolle der Medien das hauptsächliche Prüffeld zu sehen, weshalb der Prüfungsaufwand die Verfahrensdauer verlängert. Zudem mußten erst die organisatorischen Grundlagen für die Arbeit der KEK geschaffen werden und den Mitgliedern eine gewisse Einarbeitungszeit zugestanden werden, woraus sich auch zeitliche Verzögerungen erklären lassen.

Hintergrund für die Forderung nach der Vorgabe von Fristen und der Eingrenzung der Kompetenzen der KEK ist der Standpunkt, eine Beschäftigung mit Aktivitäten der Fernsehunternehmen auf

⁴⁶⁸ KEK-Jahresbericht 1999, S. 59

⁴⁶⁹ Interview mit der Ministerpräsidentin von Schleswig-Holstein, Heide Simonis, in: epd medien Nr. 20 v. 17. März 1999

medienrelevanten verwandten Märkten stehe der KEK nicht zu⁴⁷⁰. Würde der KEK diese Definitionskompetenz genommen, so bestünde ihre Aufgabe lediglich darin, die Zuschaueranteile zu ermitteln, den Konzentrationsbericht und Veranstalterprogrammlisten zu erstellen. Die Beurteilung medienkonzentrationsrechtlicher Fragen würde wiederum den Landesmedienanstalten zufallen und das hieße, sich von einer unabhängigen und nicht standortpolitisch motivierten Medienkontrolle zu verabschieden. Doch sollte die Entscheidungskompetenz in übergeordneten Fragen zentralisiert sein. Denn ungeachtet des Erfordernisses einer föderalen Aufsichtsstruktur muß eine Abstimmung unter den Ländereinrichtungen erreicht werden. Hierbei müssen die Interessen der 16 Länder in Einklang gebracht werden, wozu es einer Koordinierung bedarf. Die Einhaltung gemeinsamer Grundsätze für die Zulassung privater Fernsehveranstalter muß überwacht werden, um die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse und einen größeren Spielraum der Veranstalter für die Standortwahl und Standortsicherheit zu gewährleisten. Die Abschaffung der KEK als eines zentralen Organs ließe von neuem die Suche nach einer Institution beginnen, die diese Aufgabe übernimmt.

Die Länderanstalten haben bereits zum Ausdruck gebracht, daß für sie die Berücksichtigung weiterer qualitativer Merkmale wie der Aktivitäten auf medienrelevanten verwandten Märkten bei der Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht nicht in Frage kommt⁴⁷¹. Der Vorschlag für das materielle Konzentrationsrecht, der für bestimmte Marktanteile auf benachbarten Medienmärkten Abschläge auf den maximal zulässigen Zuschaueranteil vorsieht, wäre so nicht durchsetzbar. Zwar wäre das Verhältnis zwischen Landesmedienanstalten und KEK entspannt, für die Medienkontrolle hingegen wäre eine solche Lösung kontraproduktiv.

b) Status als Sachverständigengremium

Schließlich gibt es die Überlegung, die KEK als Sachverständigengremium zu etablieren und gleichzeitig die Position der

⁴⁷⁰ Bericht des Präsidenten der BLM, Wolf-Dieter Ring auf der 15. Medienratssitzung am 04. Feb.1999

⁴⁷¹ Vgl. Beschluß der KDLM, in: ZUM 1998, 1054 (1057)

KDLM zu stärken⁴⁷². Die KDLM sollte danach die Stellung einer übergeordneten Instanz für gemeinsame Fragen der Landesmedienanstalten einnehmen. Sie würde die hauptamtliche Verknüpfung zwischen den Landesmedienanstalten darstellen und hätte Kompetenzen, die über ihre derzeitigen als interner Kontrollinstanz hinausgehen. Die KEK hingegen sollte nach diesem Modell die Entscheidungen der Landesmedienanstalten und der KDLM mit Sachverstand begleiten und lediglich Vorschlags- und Bewertungsrechte haben. Die KEK würde also ihre Handlungskompetenz und damit Eigenständigkeit verlieren.

Diese Lösung würde das bestehende organisatorische System verschiedener Zuständigkeiten vereinfachen. Bisher sind die Landesmedienanstalten für die Zulassung zuständig. Die KEK ist zuständig bei der bundesweiten Zulassung privaten Rundfunks innerhalb des Zulassungsverfahrens und bedient sich der Befugnisse der Lizenzanstalt. Die KDLM schließlich fungiert als Rechtsschutzorgan der Lizenzanstalt gegenüber der KEK. Das vorliegende Modell würde die Strukturen übersichtlicher gestalten. Die betroffene Anstalt würde danach über den Zulassungsantrag nach außen entscheiden. Fragen der Meinungsvielfalt müßten der KDLM vorgelegt und abschließend von ihr entschieden werden.

Doch ist damit keine effektive Vielfaltskontrolle gewährleistet. Denn die KDLM ist nicht wirklich neutral, da sie sich aus den Vertretern der Länderanstalten zusammensetzt. Die Kontrolltätigkeit ist dagegen nur wirksam, wenn sie auch in genügender institutioneller Unabhängigkeit vorgenommen wird⁴⁷³. Es muß eine externe Instanz geben, die nur den Interessen der Meinungsvielfalt verpflichtet ist.

c) Verbesserung der Mitwirkungsrechte der KEK

Würde die KEK nur die Funktion eines Sachverständigengremiums übernehmen, hätte sie bloße Vorschlags- und Bewertungsrechte. Am effektivsten wäre es, der KEK eigene Ermittlungsbefugnisse und

⁴⁷² Wolf-Dieter Ring, in: Medien Bulletin v. 20. Okt. 1998, Positionspapier der Arbeitsgemeinschaften der Landesmedienanstalten vom 23. März 1999

⁴⁷³ Lehr, ZUM 1995, 653 (672)

abschließende Entscheidungskompetenzen zu verleihen⁴⁷⁴. Doch würde diese beschränkte Einbindung in das System der Landesmedienanstalten dem föderalen Prinzip der Rundfunkkontrolle entgegenstehen. Ihre Befugnisse würden in ureigenste Bereiche der Landesmedienanstalten hineinreichen. Es kann daher keine abschließende Entscheidungsbefugnis bei der Zulassung eines Veranstalters durch die KEK geben. Es muß bei dem Grundsatz der Zuständigkeit der jeweiligen Landesmedienanstalt für die Zulassung an sich bleiben, §§ 35 ff RStV. Diese ist aber bisher auch Inhaberin der Verfahrensrechte, die §§ 21, 22 RStV gewähren. Diese stehen der KEK daher bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht originär, sondern nur vermittelnd zu, § 36 Abs. 1 RStV.

Diese Konstruktion hat in der bisherigen Prüfungstätigkeit der KEK zu Streitigkeiten um den Umfang der der KEK durch die zuständige Landesmedienanstalt zustehenden Verfahrensrechte geführt⁴⁷⁵. Darüber hinaus sind die Verfahren von hohem bürokratischen Aufwand gekennzeichnet, da jedes Ersuchen der KEK an Veranstalter und Beteiligte nur über die Landesmedienanstalt weitergeleitet werden kann und umgekehrt die Beantwortung von Fragen zuerst dieser zugeleitet wird. Das führt zwangsläufig zu einer langen Verfahrensdauer und es ist zu vermuten, daß bestimmte Informationen nicht an die KEK weitergereicht werden. Die KEK müßte daher „Herrin des Verfahrens“ werden und die Ermittlungsbefugnisse aus §§ 21, 22 RStV müßten ihr als eigene zustehen. Erst dann ist genügende institutionelle Unabhängigkeit für eine effektive Konzentrationskontrolle gewährleistet. Auch den Motiven zu § 35 RStV ist zu entnehmen, daß gerade auch durch diese organisatorischen Regelungen die Meinungsvielfalt gewährleistet werden soll.

Wenn als zentrales, einziges die Vielfalt beurteilendes Gremium die KEK etabliert würde, könnten Landesmedienanstalten zusammengelegt werden. Damit würde der Forderung entsprochen, die Aufsichtskosten zu verringern. Gleichzeitig würde der Tendenz zu weniger Intervention durch die Landesmedienanstalten gegenüber Verstößen der Veranstalter, wie sie inzwischen zu verzeichnen ist⁴⁷⁶, entgegengewirkt.

⁴⁷⁴ Heide Simonis, in: epd medien Nr. 81/ 1999

⁴⁷⁵ Streitigkeit vor dem VG und OVG Berlin um die Auskunftspflicht von Geschäftspartnern eines Unternehmens der Kirch-Gruppe, VG 27 A 233.98, OVG 8 SN 122.98

⁴⁷⁶ Vgl. Monopolkommission, in: epd medien Nr. 59 v. 26. Juli 2000

2. Schaffung neuer Organe

Unter diesem Diskussionspunkt steht die Bildung einer zentralen Institution für die Medienaufsicht im Vordergrund. Dahinter steht das Verlangen nach einer Zusammenführung der zersplitterten Zuständigkeiten im Medienbereich.

An der Diskussion um die Neuordnung der Rundfunkkontrolle hat sich auch die Bundesregierung beteiligt. Sie hat Vorstellungen von einem gemeinsamen Kommunikationsrat von Bund und Ländern geäußert. Ebenso ist auf Länderebene die Forderung nach einer gemeinsamen zentralen Einrichtung wieder erhoben worden, die bereits im Vorfeld des Abschlusses des Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrages diskutiert wurde⁴⁷⁷.

a) Gemeinsamer Kommunikationsrat von Bund und Ländern

Die Überlegungen von einem gemeinsamen Kommunikationsrat gehen dahin, eine Institution zu gründen, die aus einer Medienkammer und einer Kammer für Telekommunikation besteht⁴⁷⁸.

Die Bundesregierung hat die Medienfragen berührenden Zuständigkeiten im Bundeskanzleramt zusammengefaßt. Dabei kann es sich um eine rein organisatorische Regelung handeln. Sollten die Pläne weiter reichen, sind folgende grundlegende Einschränkungen zu beachten:

Als Mischinstitution mit nichtentscheidender Funktion wie beispielsweise gemeinsame Bund-Länder-Beratungs- und Koordinierungsgremien wäre ein Kommunikationsrat zulässig. Hier stellt sich hingegen die Frage, ob die Länder gewillt sind, auch in der Rundfunkpolitik an einem Kooperationsgremium wie der Landeskultusministerkonferenz unter ständiger Mitwirkung des Bundes mitzuarbeiten. Dies wird wohl zu verneinen sein.

Sollte dieser Kommunikationsrat hingegen echte Entscheidungsbefugnisse erhalten, so wäre er als Form der

⁴⁷⁷ Siehe Ring, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, § 35 Rn. 3

⁴⁷⁸ Dieser bereits Anfang 1999 kursierende Vorschlag wird kontinuierlich erneuert, so zuletzt vom Ministerpräsidenten von Nordrhein-Westfalen, Wolfgang Clement, vgl. epd medien Nr. 87 v. 1. Nov. 2000

Mischverwaltung unzulässig. Denn durch weitere Steuerungsrechte des Bundes in Bereichen der Landesverwaltung würde der Verwaltungsföderalismus ausgehöhlt werden. Die Verschiebung der Gewaltenbalance auf den Bund und seine Ministerialbürokratie würde zur Herrschaft von demokratisch nicht legitimierten Expertenstäben führen. Durch die Einengung des Handlungs- und Finanzierungsspielraums würde das Innovationspotential für neue Entwicklungen, die gerade im Medienbereich zahlreich zu verzeichnen sind, zerstört. Durch die Verflechtung mehrerer Politikebenen würde sich der Konsensbedarf erhöhen, der nur noch durch Ausklammerung strittiger aber wichtiger Punkte zu bewältigen wäre. Unter diesen Aspekten ist die Bildung eines Kommunikationsrates unzulässig.

Zulässig ist hingegen die aufbauorganisatorische Form der Mischverwaltung nach Art. 91 a GG (Gemeinschaftsaufgabe). Eine Bund-Länder-Gemeinschaftsaufgabe ist eine Länderaufgabe, an deren Erfüllung der Bund mitwirkt und die er mitfinanziert. Der in Art. 91 a GG genannte Katalog ist abschließend formuliert⁴⁷⁹. Die Aufnahme einer weiteren Gemeinschaftsaufgabe in das Grundgesetz wäre erforderlich. Eine Ausdehnung der Aufgaben trägt jedoch auch hier die Gefahr der Politikverflechtung von Bund und Ländern in sich. Die Länder sehen sich in den bisher durch Art. 91 a GG geregelten Bereichen schon jetzt in ihrer Entscheidungsfreiheit und ihren finanziellen Spielräumen eingeschränkt, weil der Bund die ihm hier gegebenen Instrumente rege genutzt hat. Als weitere Aufgabe die Rundfunkhoheit aufzunehmen, ist nicht durchsetzbar und für die Länder nicht tragbar.

Der Kommunikationsrat kann durch den Bund auch nicht aufgrund der Kompetenz zur Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG eingerichtet werden. Denn der Rundfunk fällt nicht unter die dort genannten allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse. Unabhängig davon wäre es dem Bund nach Art. 75 GG auch gar nicht möglich, bindend auf die Gestaltung durch die Länder einzuwirken. Denn er kann danach weder das Verwaltungsverfahren noch die Organisation regeln. Die Einrichtung eines Kommunikationsrates kann daher auch nicht darauf gestützt werden.

Dieses Thema wird auch auf Länderebene behandelt. Damit beschäftigt sich ein Vorschlag unter genauerer Bezeichnung der Beteiligten. So solle

⁴⁷⁹ Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 91 a, Rn. 3

dieser Kommunikationsrat aus einer Arbeitsgruppe der Landesmedienanstalten, der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, dem Bundeskartellamt und der KEK bestehen⁴⁸⁰. Sollten hier verbindliche Entscheidungen getroffen werden, so ist ein solcher Rat unter Verweis auf das vorstehend Genannte und auf die im Grundgesetz geregelten Zuständigkeiten zum Kartellrecht abzulehnen. Auch zur Abstimmung übergreifender Regulierungsfragen ist die Einrichtung eines Kommunikationsrates nicht zu befürworten. Überdies gibt es bereits mehrere Institutionen, die sich der Regulierung von Rundfunk annehmen. Eine zusätzliche Instanz, die sich mit Medienfragen beschäftigt, ist überflüssig und bedeutete ein Mehr an Bürokratie.

b) Gemeinsame Medienanstalt der Länder

Wenn eine Zentralisierung der Rundfunkregulierung auf Bundesebene nicht zulässig ist, dann könnte diese Aufgabe auf eine zentrale Gemeinschaftseinrichtung der Länder übertragen werden. Selbst wenn diese Lösung für sich hätte, daß die Zuständigkeiten der Länder gewahrt wären, so ist doch Voraussetzung, daß dadurch die Effektivität der Aufgabenerledigung erhöht wird. Eine eigenständige Behörde, die die Aufgaben aller Landesmedienanstalten bei der bundesweiten Zulassung von Fernsehveranstaltungen übernimmt, wäre sicherlich unübersichtlich und würde einen erheblichen bürokratischen Aufwand bedeuten. Eine solche Behörde würde mit den gleichen Problemen konfrontiert werden, wie dies die KEK bereits ist. Es würde an der Einbindung in die Landesmedienanstalten fehlen. Das System, das den einzelnen Landesmedienanstalten die Letztverantwortlichkeit nach außen beläßt und ihre Aufgaben einzelnen Organen überträgt, entspricht der eindeutigen Kompetenzzuweisung an die Länder. Eine regionale Aufgabenzuweisung läßt die Möglichkeit des Experiments offen und gestattet Flexibilität. Es sollten daher die bestehenden Strukturen genutzt, auf eine verbesserte Zusammenarbeit hingewirkt und eine Optimierung der Tätigkeit der KEK erstrebt werden.

⁴⁸⁰ So der Wolfgang Clement in epd medien Nr. 27 v. 2. Okt. 1999

III. Ergebnis

Verglichen mit den anderen hier diskutierten Modellvorschlägen zur Änderung des materiellen Konzentrationsrechts ist die Beibehaltung des Zuschaueranteilsmodells mit einem Schwellenwert von 30 % vorzugswürdig. Mit der Einschaltquote wird die Fernsehnutzung widergespiegelt. Dadurch kommt es der Zielgröße einer vielfältigen Meinungsbildung nahe, indem zumindest dargestellt wird, ob verschiedene Programmanbieter genutzt werden. Eine wirkliche Vielfaltskontrolle ist nur von einer Inhaltsanalyse zu erwarten, die aber bei realistischer Betrachtungsweise nicht umsetzbar ist.

Diese Regelung des § 26 Abs. 2 S. 1 RStV kann als Grundtatbestand erhalten bleiben. Die Einbeziehung der Marktstellung auf medienrelevanten verwandten Märkten muß aber abgekoppelt vom Zuschaueranteil vorgenommen werden. Dafür muß ein Stufensystem maximal zulässiger Beteiligungshöhen eingeführt werden, die auch für das digitale Fernsehen vorzusehen sind. Dadurch berücksichtigt das Modell, daß Fernsehveranstalter zunehmend die Bildung von Informationsmonopolen anstreben und ihre Präsenz auf dem Fernsehmarkt nur den Ausgangspunkt dafür darstellt. Um den recht hohen möglichen Zuschaueranteil von 30 % auszugleichen, sollten daneben wirksame Kompensationsregelungen wie ein unabhängiger Kanal eingeführt werden.

Zur Wahrung der Interessen der Länder muß es bei einer Länderzuständigkeit hinsichtlich der Rundfunkregulierung bleiben. Länderübergreifende Institutionen ohne Kompetenzen gibt es bereits in ausreichendem Maße. Hätten sie Kompetenzen, wären sie unzulässig. Die Idee von einem zentralen, der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt zugeordneten Organ wie der KEK ist zu befürworten. Es muß aber eigene Ermittlungsbefugnisse erhalten.

§ 6 **Schlußbemerkung**

Ausgehend von Art. 5 Abs. 1 GG, der die Freiheitlichkeit der Kommunikation unter Schutz stellt, ist eine Kontrolle des Rundfunks geboten. Spezielle rundfunkrechtliche Regelungen sind nicht entbehrlich, eine Deregulierung ist verfassungsrechtlich nicht zulässig. Durch seinen besonderen Charakter bietet der Rundfunk als Medium vielfältige Möglichkeiten zu einseitiger Beeinflussung mit der Folge von Konzentrationserscheinungen auf den Medienmärkten. Den Konzentrationstendenzen auf dem Rundfunkmarkt kann zwar mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts begegnet werden, da der Rundfunk Teil des Wirtschaftsmarktes ist. Dennoch darf nicht allein auf die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts vertraut werden, denn der Rundfunk ist nicht bloßes Wirtschaftsgut und der Meinungsmarkt nicht mit dem Wirtschaftsmarkt gleichzusetzen. Vielmehr ist der Rundfunk als Medium und Faktor der Meinungsbildung in den demokratischen Prozeß eingebunden, vermittelt er doch dem Einzelnen die Voraussetzungen zur Teilnahme daran. Deshalb bedarf es einer positiven Ordnung des Rundfunks, die mit den lediglich reaktiven Instrumenten des Wettbewerbsrechts nicht geschaffen werden kann.

Wegen ihres Bezugs zum Demokratie- und Sozialstaatsprinzip erfahren die Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages ihre grundsätzliche Berechtigung. Ihr Ziel ist es, freie Meinungsbildung durch eine Vielfalt von Programmangeboten zu gewährleisten. Der Rundfunkstaatsvertrag vermutet eine Gefährdung der Vielfalt im Fernsehen, wenn ein Veranstalter mehr als 30 Prozent der Zuschauermarktanteile auf sich vereinigt und damit vorherrschende Meinungsmacht erlangt. Die Anknüpfung an Zuschaueranteile ist zu begrüßen, gibt sie doch die Mediennutzung wieder und ist daher zielorientiert.

Alternativ könnte die inhaltliche Vielfalt des Programmangebotes auf dem Fernsehmarkt auch durch eine Qualitätsanalyse der Programme bestimmt werden. Eine inhaltliche Kontrolle ist aber praktisch nicht realisierbar und würde den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht genügen.

Die geltende Anteilsregelung gestattet eine recht hohe Konzentration von Rundfunkveranstaltern. Das Ansetzen der Grenze für die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht bei erst 30 Prozent der Zuschaueranteile und die Einbeziehung des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in die Messung sind Zugeständnisse an die Realität mit der bereits eingetretenen Aufteilung des privaten Fernsehmarktes in das Duopol aus KirchGruppe einerseits und Bertelsmann/CLT andererseits. Eine Senkung der Zuschauermarktanteilsgrenze würde die Aufspaltung der Unternehmen erfordern und wäre keine gangbare Alternative zur jetzigen Lösung. Die Marktmacht dieser Unternehmen kann aber nur geduldet werden, weil leistungsstarke und publizistisch konkurrenzfähige Konzerne im Fernsbereich auf europäischer Ebene nötig sind, um in der Konkurrenz mit amerikanischen Anbietern bestehen zu können⁴⁸¹. Verhindert werden muß aber, daß diese starken Unternehmen die vor- und nachgelagerten Märkte und die anderer Medien derart kontrollieren, daß Neueinsteigern der Zugang dazu verwehrt oder unverhältnismäßig erschwert wird. Die Anbietervielfalt darf als Voraussetzung für eine plurale Meinungsbildung nicht eingeschränkt werden. Die Untersuchung des materiellen Konzentrationsrechts hat ergeben, daß die Struktur des § 26 Abs. 2 S. 2 RStV nicht geeignet ist, einen die Vielfalt zerstörenden Einfluß zu erfassen bzw. ihm Einhalt zu gebieten. Denn seine Handlungsanweisung ist zu unbestimmt und er macht schwierige Abgrenzungen und Einschätzungen erforderlich.

Das auf Zuschauermarktanteilen basierende Modell muß so ergänzt werden, daß der Einfluß der auf den verschiedenen Märkten agierenden Rundfunkunternehmen umfassend ermittelt werden kann. Dies kann nur eine methodenpluralistische Vorgehensweise bei der Messung leisten. Anschließend sollte der Einfluß der Unternehmen auf den jeweiligen Märkten in einem Punktesystem erfaßt werden, das den verschiedenen Medien unterschiedliche Wertigkeiten zuschreibt. Bestimmte Beteiligungskombinationen der Unternehmen haben dann Zulassungsbeschränkungen beim Fernsehen zur Folge. Bei der Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht sollte der Rundfunkstaatsvertrag den Schwerpunkt nicht allein auf dem klassischen Fernsehzuschauermarkt setzen, sondern den dortigen Einfluß der

⁴⁸¹ Nach S. 2 des 2. Absatzes der Präambel muß das private Rundfunksystem in der Lage sein, den Anforderungen des nationalen und internationalen Wettbewerbs zu entsprechen.

Unternehmen lediglich als Grundlage und Ausgangspunkt der Prüfung einstufen. Denn die Aktivitäten der Rundfunkveranstalter entlang der Verwertungskette von Rundfunkprodukten und ihre Hinwendung zu neuen Formen der modernen Kommunikation haben eine weitaus größere Bedeutung als die gesetzliche Regelung dies nahelegt.

Von besonderer Bedeutung ist dabei der Zugang zu digitalen Plattformen. Diese stellen eine Dimension der zukünftigen Kommunikationsgesellschaft dar, die bei der Beurteilung von Meinungsmacht einbezogen werden müssen. Die Verfechter einer Deregulierung im Rundfunk führen die Möglichkeiten des digitalen Fernsehens dafür an, daß es zukünftig eine größere Vielfalt an Angeboten geben werde. Doch bedeutet dies nicht zugleich, daß auch alle Anbieter und Rezipienten dazu Zugang haben. Vor allem aber bedeutet es nicht, daß davon auch eine größere inhaltliche Vielfalt zu erwarten wäre. Denn bei unbegrenzter Inhaberschaft der technischen Vertriebswege des digitalen Fernsehens ist abzusehen, daß die Programme von nur wenigen Anbietern verbreitet werden, die unter Vernachlässigung von Minderheitenansichten den Massengeschmack bedienen, um ihre Wertschöpfungskette auszunutzen.

Mit dem Zuschauermarktanteilsmodell wurde ein neues Verfahren eingeführt, das den materiell-rechtlichen Anti-Konzentrationsregelungen Geltung verschaffen soll. Vergleichbar dem Recht der Wirtschaftsaufsicht wurde ein System aus Überwachungsmitteln, Eingriffsmitteln und Sanktionen geschaffen, das den Kontrollbehörden ein genau einzuhaltendes Verfahren bei der Zulassung von Rundfunkveranstaltern und deren Aufsicht vorschreibt. Insbesondere die Regelungen zur Zulassung gewähren den Landesmedienanstalten einen sehr begrenzten Gestaltungsspielraum, um dem Grundrechtsbeachtungsanspruch der Veranstalter gerecht zu werden. Doch auch die Rundfunkunternehmen werden stärker in die Pflicht genommen. So müssen sie bei Zulassungs- und Aufsichtsfragen stärker als nach der zuvor geltenden Regelung an der Aufklärung der konzentrationsrelevanten Sachverhalte mitwirken. Ziel des Rundfunkstaatsvertrages ist es, die Freiheit der Meinungsbildung zu schützen, die durch die Konzentrationsbestrebungen der Veranstalter gefährdet wird. Die Aufklärung der konzentrationsrechtlichen Sachverhalte dient daher dem Schutz der freien Meinungsbildung. Insofern kann das Verfahrensrecht als Umsetzung der Anforderungen des

Bundesverfassungsgerichts an den Grundrechtsschutz durch Verfahren aus dem Gebührenurteil verstanden werden. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Denn die zu den Eingriffsmitteln zählenden vielfaltssichernden Maßnahmen sind als verfassungswidrig einzustufen. Der dahinter stehende Gedanke ist dennoch nicht zu verwerfen, sondern kann in anderer Ausgestaltung (independent channel) verfassungsgemäß umgesetzt werden.

Sowohl die Veranstalter als auch die Kontrollbehörden sind in der Pflicht, die für die Meinungsvielfalt relevanten Sachverhalte aufzuklären. Die Konzeption eines von Standortinteressen unbeeinflussten Organs (KEK) ist geeignet, eine unabhängige Aufklärung der Konzentrationstatbestände herbeizuführen. Um diese Aufgabe effektiv erfüllen zu können, muß dieses Organ aber eigene Ermittlungsbefugnisse erhalten. Darüber hinaus können zukünftig das Kartellrecht und die dafür Zuständigen in die Prüfung stärker mit einbezogen werden, denn deren Entscheidungen haben oftmals Tatbestandswirkung für die Rundfunkkontrolle. Es ist zu überlegen, ob diese Praxis stärker formalisiert werden kann⁴⁸².

Alle Diskussionsvorschläge jedoch, die von dem Gedanken einer Kompetenzverschiebung zu Lasten der Länder bezüglich der Regelungsmaterie Rundfunk getragen sind, können nicht als verfassungsgemäße Alternative zur Zusammenarbeit der Länder bezeichnet werden.

Die Situation auf den Medienmärkten ist gekennzeichnet durch technologische und ökonomische Veränderungen. Nach der Privatisierung der Verbreitungsnetze stehen die Investoren unter großem Refinanzierungsdruck. Die Netzbetreiber werdend daher versuchen, Kunden durch Telefonie, Internetzugang, Mediendienste und Video-on-demand-Angeboten an sich zu binden. Die Verbindungen zwischen den Investoren der Kabelnetze und Inhalteanbietern werden sich immer problematischer auswirken. Dies läßt eine Entwicklung erwarten, die schließlich zu vorherrschender Meinungsmacht auch im Internet führen kann⁴⁸³. Diese mittelfristig eintretenden Konzentrationsentwicklungen prägen die Medienmärkte. Die großen Freiheitsgefahren gehen nicht von

⁴⁸² Diskussionspapier der Landesmedienanstalten zur Reform der Medienordnung, in: epd medien Nr. 94 v. 25. Nov. 2000

⁴⁸³ Ebd.

staatlicher Gängelung, sondern eher von gesellschaftlichen Strukturveränderungen und Großtendenzen aus. Der Wechsel vom Beteiligungsmodell zum Zuschauermarktanteilsmodell, vom Brechen der Anteilsmacht auf Anbieterseite zum Modell mit einer Höchstgrenze für Anteile ist der faktischen Macht der Akteure geschuldet. Die Grundrechte waren ursprünglich als Sicherung gegenüber der Staatsmacht gedacht. Die gesellschaftliche Entwicklung zeigt, daß die Rundfunkfreiheit nunmehr vornehmlich eine Schutzpflicht für die durch die gegenwärtigen Kommerzialisierungswellen bedrohte Meinungsfreiheit gebietet.

Literaturverzeichnis

- Astheimer, Sabine/ Mossmayer, Klaus: Europäische Rundfunkordnung - Chance oder Risiko?. ZUM. 1994, S.395,
- Battis, Ulrich: Allgemeines Verwaltungsrecht. 2. Auflage Heidelberg, 1997
- Battis, Ulrich/Gusy, Christoph: Einführung in das Staatsrecht. 3. Auflage Heidelberg, 1991
- Bergmann, Klaus: Repräsentativität im Fernsehpanel. MP. 1994, S.620,
- Bethge, Herbert: Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren. NJW. 1982, S.1,
- Bethge, Herbert: Der Grundrechtsstatus privater Rundfunkveranstalter. NVwZ. 1997, S.1,
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. NJW. 1974, S.1529,
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang/ Wieland, Joachim: Die "Rundfunkfreiheit" - ein Grundrecht. AfP. 1982, S.77,
- Bohl, Christoph: Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien. Baden-Baden, 2000
- Braml, Claudia: Das Teleshopping und die Rundfunkfreiheit. Frankfurt am Main, 2000
- Bullinger, Martin: Neue Medien: Neue Aufgabend des Rechts?. AfP. 1982, S.69,
- Bullinger, Martin: Freiheit und Gleichheit in den Medien. JZ. 1987, S.257,
- Brinkmann, Thomas: Probleme der Marktregulierung des Rundfunks in der dualen Ordnung. Freundesgabe für Friedrich Kübler. Heidelberg, 1997
- Bumke, Ulrike: Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten. München, 1995
- Clausen-Muradian, Elisabeth: Konzentrationskontrolle im privaten Rundfunk - Der neue Rundfunkstaatsvertrag. ZUM. 1996, S.934,
- Clausen-Muradian, Elisabeth: Zur Anwendung des Rechts der Ordnungswidrigkeiten als Instrument der Rundfunkaufsicht. ZUM. 1997, S.800,
- Degenhart, Christoph: Rundfunkfreiheit in gesetzgeberischer Beliebigkeit?. DVBl.. 1991, S.510,
- Hrsg.: Dolzer, Rudolf/ Vogel, Klaus: Bonner Kommentar zum Grundgesetz. Band 1. Dez. 1999
- Hrsg.: Benda, Ernst/ Maihofer, Werner/ Vogel, Hans-Jochen: Handbuch des Verfassungsrechts. Band 1. Berlin, 1995
- Hrsg.: Dreier, Horst: Grundgesetz. Kommentar. Band 1. Tübingen, 1996
- Eberle, Carl-Eugen: Neue Übertragungstechniken und Verfassungsrecht. ZUM. 1995, S.249,
- Emmerich, Volker: Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB. ZHR. 139 (1975) und 140 (1976), S.501, 97,
- Emmerich, Volker: Kartellrecht. 7. München, 1994
- Engel, Christoph: Vorsorge gegen die Konzentration im privaten Rundfunk mit den Mitteln des Rundfunkrechts. ZUM. 1993, S.553,
- Engel, Christoph: Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention. Baden-Baden, 1993

- Engel, Christoph: Rundfunk in Freiheit. AfP. 1994, S.185,
- Engel, Christoph: Die Messung der Fernsehnutzung als Voraussetzung eines Marktanteilsmodells zur Kontrolle der Medienkonzentration. ZUM. 1995, S.653,
- Engel, Christoph: Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in Fernsehkabelnetzen. Kartellrechtliche und medienrechtliche Überlegungen. ZUM. 1997, S.309,
- Engel, Christoph: Sonderlasten für Fernsehveranstalter mit einem Zuschaueranteil von 10 %. ZUM. 2000, S.345,
- Hrsg.: Erichsen, Hans-Uwe: Allgemeines Verwaltungsrecht. Berlin, 1998
- Fiedler, Winfried: Fortbildung der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht. JZ. 1979, S.417,
- Frey, Dieter: Die europäische Fusionskontrolle und die Medienvielfalt. ZUM . 1998, S.985,
- Fuchs, Michael: "Beauftragte" in der öffentlichen Verwaltung. Berlin, 1985
- Gersdorf, Hubertus: Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte. AöR. 119 (1994), S.400,
- Hrsg.: Glassen, Helmut: Frankfurter Kommentar zum GWB. 3 1993
- Hain, Karl-E.: Vorherrschende Meinungsmacht und Fensterprogramme. AfP. 2000, S.329,
- Hrsg.: Hartstein, Reinhard/ Ring, Wolf-Dieter/ Kreile, Johannes/ Dörr, Dieter/ Stettner, Rupert: Rundfunkstaatsvertrag. Kommentar. (hervorgegangen aus: Ring, Medienrecht. Sept. 2000
- Herrmann, Günter: Rundfunkrecht. München, 1994
- Hess, Wolfgang: Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkstaatsvertrag. AfP. 1997, S.680; 777,
- Hesse, Albrecht: Rundfunkrecht. München, 1999
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Medienfreiheit und außenpluraler Rundfunk. AöR. 109 (1984), S.304,
- Hrsg.: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard: Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns. Baden-Baden, 1994
- Holzer, Norbert: Das Marktanteilsmodell auf dem Prüfstand - ein Problemaufriß. ZUM. 1995, S.577,
- Holznagel, Bernd: Weiterverbreitung und Zugangssicherung beim digitalen Fernsehen. MMR. 2000, S.480,
- Humm, Hubert: Bankenaufsicht und Währungssicherung. Berlin, 1989
- Hrsg.: Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar. München, 1992
- Hrsg.: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts. Band III, IV. Heidelberg, 1988, 1989
- Jarass, Hans D.: Die Freiheit der Massenmedien. Baden-Baden, 1978
- Jarass, Hans D.: Wirtschaftsverwaltungsrecht. Berlin, 1997
- Hrsg.: Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. München, 1997
- Jochimsen, Reimut: Regulierung und Konzentration im Medienbereich. AfP. 1999, S.24,

- Kiefer, Marie-Luise: Konzentrationskontrolle: Bemessungskriterien auf dem Prüfstand. MP. 1995, S.58,
- Kleist, Thomas: Medienmonopoly im Konzentrationsprozeß. ZUM. 1993, S.503,
- Die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich: Jahresbericht vom 15. Mai 1997 bis Juni 1998.
- Die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich: Jahresbericht vom 1. Juli 1998 bis 30. Juni 1999.
- Knothe, Matthias: Novellierung des Rundfunkstaatsvertrages. ZUM. 1997, S.6,
- Knothe, Matthias/ Lebens, Julia: Rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle des Bundeskartellamtes. ZUM. 2000, S.125,
- Kopp, Ferdinand O. : Verwaltungsverfahrensgesetz. München, 1991
- Kreile, Johannes: Die Reform des Rundfunkstaatsvertrages - Neue Wege bei der Vielfaltssicherung im privaten Rundfunk. NJW. 1997, S.1329,
- Kreile, Johannes/ Stumpf, Christoph A.: Das neue "Medienkartellrecht". MMR. 1998, S.192,
- Kuch, Hansjörg: Das Zuschaueranteilsmodell - Grundlage der Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen. ZUM. 1997, S.12,
- Kübler, Friedrich: Argumente für ein Werbemarktanteilsmodell. MP. 1995, S.48,
- Kübler, Friedrich: Markt der Meinungen. Festschrift für Ridder. 1989 S.117,
- Kübler, Friedrich: Politikberatung auf Abwegen. ZRP. 2000, S.131,
- Hrsg.: Die Landesmedienanstalten: Die Sicherung der Meinungsvielfalt. Band DLM-Band 4. Berlin, 1995
- Hrsg.: Die Landesmedienanstalten: Zuschaueranteile als Maßstab vorherrschender Meinungsmacht. Band DLM-Band 13. Berlin, 1999
- Ladeur, Karl-Heinz: Grundrechtskonflikte in der "dualen Rundfunkordnung". AfP. 1998, S.141,
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 1992
- Lehr, Gernot: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Novellierung der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle unter besonderer Berücksichtigung des Zuschaueranteilsmodells. ZUM. 1995, S.653,
- Lerche, Peter: Vielfaltssicherung im privaten Fernsehen als überdisziplinäre Aufgabe. Festschrift für Dieter Henrich. 2000 S.403,
- Hrsg.: Maunz, Theodor/ Dürig, Günter: Grundgesetz. Kommentar. Band I, II, III, IV. München, 1999
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht. München, 1999
- Mestmäcker, Ernst-Joachim: Medienkonzentration und Meinungsvielfalt. Baden-Baden, 1978
- Hrsg.: Münch, Ingo von/ Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar. Band 1. München, 1992
- Neft, Hans: Meinungsdominanz im Fernsehen - Aufgreifkriterien des neuen § 26 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag. ZUM. 1998, S.458,
- Hrsg.: Noelle-Neumann, Elisabeth/ Schulz, Winfried/ Wilke, Jürgen: Publizistik. Massenkommunikation. Frankfurt am Main, 2000
- Parlasca, Susanne: Medienkonzentration und Medienverflechtung. WuW. 1994, S.210,
- Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II. Heidelberg , 2000

- Reinold, Andreas/ Buß, Michael: Die kontinuierliche Fernsehforschung im Umbruch. MP. 1994, S.609,
- Renck-Laufke, Martha: Probleme der Konzentrationskontrolle im privaten Fernsehen. ZUM. 2000, S.15,
- Ricker, Reinhart/ Schiwy, Peter: Rundfunkverfassungsrecht. München, 1997
- Hrsg.: Ring, Wolf-Dieter: Medienrecht (Rundfunk, Neue Medien, Presse, Technische Grundlagen, Internationales Recht). Okt. 1999
- Rossen, Helge: Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk. Baden-Baden, 1988
- Schatz, Heribert/ Schulz, Winfried: Qualität von Fernsehprogrammen. MP. 1992, S.690,
- Schmidt, Klaus-Eberhard: Gibt es einen Fernsehzuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?. ZUM. 1997, S.472,
- Scholz, Rupert: Multimedia: Zuständigkeit des Bundes oder der Länder?. Festschrift für Kreile. 1997
- Smeddinck, Ulrich: Der unbestimmte Rechtsbegriff - strikte Bindung oder Tatbestandsersessen. DÖV. 1998, S.370,
- Hrsg.: Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin, 1991
- Hrsg.: Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/ Sachs, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. München, 1998
- Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte. Band III/1. München, 1998
- Stock, Martin: Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht. München, 1985
- Stock, Martin/ Zigelski, Sabine: Novellierung des Rundfunkstaatsvertrages. ZUM. 1995, S.537,
- Stock, Martin: Meinungsvielfalt und Meinungsmacht. JZ. 1997, S.583,
- Stock, Martin/ Röper, Horst/ Holznagel, Bernd: Medienmarkt und Meinungsmacht. Zur Neuregelung der Konzentrationskontrolle in Deutschland und Großbritannien. Berlin, 1997
- Vahrenhold, Olaf: Die Stellung der Privatfunkaufsicht im System staatlicher Aufsicht. Baden-Baden, 1992
- Vesting, Thomas: Prozedurales Rundfunkrecht. Hamburg, 1997
- Wagner, Christoph: Die Landesmedienanstalten. Baden-Baden, 1990
- Wahl, Rainer: Privatrechtlich organisierte Verwaltung. DVBl.. 1993, S.517,
- Westphal, Dietrich: Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 20.2.1998. MMR. 1998, S.198,
- Wolff, Hans J./ Bachof, Otto/ Stober, Rolf: Verwaltungsrecht I. München, 1994

Danksagung

Die vorliegende Arbeit entstand in den Jahren 1998 bis 2001 und wurde im Frühjahr 2001 von der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Die entscheidende Motivation zum Beginn mit der Arbeit und die thematische Richtungsweisung verdanke ich Herrn Dr. Gerhard Michael. Mein besonderer Dank gilt Herrn Dr. Klaus Grigoleit für die geduldige Unterstützung der Arbeit und seine Anregungen und Ratschläge, mit denen er wesentlich zum Gelingen des Vorhabens beigetragen hat.

Bei Herrn Prof. Dr. Ulrich Battis bedanke ich mich für seine Geduld und bei ihm sowie bei Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski für die zügige und wohlwollende Erstellung des Gutachtens.

Die Dissertation hätte jedoch nicht ohne die Mithilfe und Unterstützung durch meinen Lebenspartner Guido K. Höcke entstehen können, der mir bei Problemen oft zu einer geklärten Sicht auf die Dinge verholfen hat.

Die Arbeit ist meinem Vater und meiner Tochter gewidmet.

Selbständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass die vorliegende Dissertation ohne fremde Hilfe selbst verfasst wurde und nur die angegebenen Quellen oder Hilfsmittel benutzt wurden. Wörtliche oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommene Stellen sind unter Angabe der Quellen kenntlich gemacht.